

D-13599

OK.

7 de noviembre de 2019

Honorables Magistrados

**Corte Constitucional**

Sala Plena

Ciudad



**Asunto:** Acción Pública de Inconstitucionalidad contra los incisos 2 y 3 del artículo 1 y el numeral 13 del artículo 2, ambos del Acto Legislativo 04 de 2019, “por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”.

Mauricio Pava Lugo y Luis Alejandro Ramírez Álvarez, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en nuestra condición de ciudadanos y en ejercicio del derecho a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución, por medio del presente escrito elevamos demanda de inconstitucionalidad en contra de los incisos 2 y 3 del artículo 1 y el numeral 13 del artículo 2 del Acto Legislativo 04 de 2019, “por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal”. Lo anterior por que al expedirlo el Congreso de la República excedió su competencia de reformar la Constitución, en los términos de los artículos 114 y 379.

Para lo anterior, se utilizará la técnica del juicio de sustitución de la Constitución desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En ese sentido, se explicará que la Carta del 91 tiene un eje estructural que consiste en el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos que, para el caso de las funciones administrativas y de control fiscal, se garantiza si este último se ejerce de manera posterior y selectiva. Para llegar a esa conclusión se explicarán los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente que optaron por la abolición del control previo, los artículos de los cuales se desprende la mencionada premisa y las decisiones de la Corte de los cuales esta se desprende.

Como segundo paso, se explicará que la forma de control fiscal preventivo y concomitante introducidos por las disposiciones demandadas implican una injerencia por parte de los órganos de control fiscal sobre los administrativos, que esta función incrementa ostensiblemente el poder de la Contraloría y que la función de advertencia mediante la cual se ejerce constituye un acto *sui generis* que carece de control.

NANCY GARZÓN VÁSQUEZ  
NOTARIA SEPTIMA TERCERA DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADA

Visto esto se mostrará que la premisa mayor y la premisa menor introducida presentan una incompatibilidad sustancial. Ello por cuanto el control preventivo y concomitante elimina la asignación diferenciadas de funciones entre los órganos de control fiscal y los administrativos, hace desaparecer la autonomía en el ejercicio de las competencias de estos últimos y, además, ello los hace mediante un acto que carece de control. Todos los anteriores son elementos necesarios para la garantía de la separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos.

Mediante esta contra posición entre el eje axial de la Constitución y la reforma introducida se llegará a conclusión de que el Acto Legislativo 04 de 2019 a través de las disposiciones demandados en realidad sustituyó la Constitución por una nueva, aspecto para lo cual no tiene competencia.

### 1. Normas demandadas

Las normas suplantadas la Constitución se encuentra en los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 04 de 2019, los cual se transcriben a continuación con indicación en subraya de los apartes demandados.

*Artículo 1°. El artículo 267 de la Constitución Política de Colombia quedará así:*

*Artículo 267. La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.*

*El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del*



control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización y al cumplimiento de su misión constitucional.

El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.

Solo el Congreso puede admitir la renuncia que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo mayores de 45 días.



Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de treinta y cinco años de edad; tener título universitario en ciencias jurídicas, humanas, económicas, financieras, administrativas o contables y experiencia profesional no menor a 5 años o como docente universitario por el mismo tiempo y acreditar las demás condiciones que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso o se haya desempeñado como gestor fiscal del orden nacional, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos.

Artículo 2°. El artículo 268 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.
2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.
3. Llevar un registro de la deuda pública de la nación y de las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios.
4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos.

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.

6. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones fiscales, penales o disciplinarias contra quienes presuntamente hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos fiscales, penales o disciplinarios.

9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.

10. Proveer mediante concurso público los empleos de carrera de la entidad creados por ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en ese ente de control.

11. Presentar informes al Congreso de la República y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.

12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; y dirigir e implementar, con apoyo de la Auditoría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal, para la unificación y estandarización de la vigilancia y control de la gestión fiscal.

13. Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño,



NANCY GARCÍA VÁSQUEZ  
NOTARIA SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADA

ENCARGADA

a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados.

14. Intervenir en los casos excepcionales previstos por la ley en las funciones de vigilancia y control de competencia de las Contralorías Territoriales. Dicha intervención podrá ser solicitada por el gobernante local, la corporación de elección popular del respectivo ente territorial, una comisión permanente del Congreso de la República, la ciudadanía mediante cualquiera de los mecanismos de participación ciudadana, la propia contraloría territorial o las demás que defina la ley.

15. Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General de la Nación.

16. Ejercer, directamente o a través de los servidores públicos de la entidad, las funciones de policía judicial que se requieran en ejercicio de la vigilancia y control fiscal en todas sus modalidades. La ley reglamentará la materia.

17. Imponer sanciones desde multa hasta suspensión a quienes omitan la obligación de suministrar información o impidan u obstaculicen el ejercicio de la vigilancia y control fiscal, o incumplan las obligaciones fiscales previstas en la ley. Así mismo a los representantes de las entidades que, con dolo o culpa grave, no obtengan el fenecimiento de las cuentas o concepto o calificación favorable en los procedimientos equivalentes para aquellas entidades no obligadas a rendir cuenta, durante dos (2) períodos fiscales consecutivos.

18. Las demás que señale la ley.

Parágrafo transitorio. La asignación básica mensual de los servidores de la Contraloría General de la República y su planta transitoria será equiparada a los de los empleos equivalentes de otros organismos de control de nivel nacional. Para la correcta implementación del presente acto legislativo, y el fortalecimiento del control fiscal, la ley determinará la creación del régimen de carrera especial de los servidores de las contralorías territoriales, la ampliación de la planta de personal, la incorporación de los servidores de la planta transitoria sin solución de continuidad y la modificación de la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, garantizando la estabilidad laboral



NANCY CARBÓN VÁSQUEZ  
NOTARIA SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENVIADA

CONSULTA

NOTARIA

de los servidores inscritos en carrera pertenecientes a esa entidad y a contralorías territoriales intervenidas. Exclusivamente para los efectos del presente parágrafo y el desarrollo de este acto legislativo, otórguense precisas facultades extraordinarias por el término de seis meses al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley.

Así mismo, el Congreso de la República expedirá, con criterios unificados, las leyes que garanticen la autonomía presupuestal y la sostenibilidad financiera y administrativa de los organismos de control fiscal territoriales y unas apropiaciones progresivas que incrementarán el presupuesto de la Contraloría General de la República durante las siguientes tres vigencias en 250.000, 250.000 y 136.000 millones de pesos respectivamente, las cuales serán incorporadas en los proyectos de ley de presupuesto anual presentados por el Gobierno Nacional, incluso aquellos que ya cursen su trámite en el Congreso de la República. Dichas apropiaciones no serán tenidas en cuenta al momento de decretar aplazamientos del Presupuesto General de la Nación.

En los siguientes cuatrienios dichas apropiaciones estarán de acuerdo con el marco fiscal de mediano plazo.

Sin perjuicio de que los anteriores son las disposiciones que contienen expresamente la facultad que se demanda, a lo del libelo se explica que aquella no debe ser entendida de manera aislada. Ello por cuanto el control preventivo y concomitante a través de la función de advertencia se suma al cúmulo de poderes que tiene la Contraloría y es esa agregación lo que en buena medida genera la excesiva acumulación de poder en cabeza de ese órgano. Así, se le solicitará a la Corte que, en caso de considerarlo necesario, realice un análisis integral del poder de control fiscal tal y como quedaría configurado luego de la reforma introducida.

## **2. Metodología de la demanda. Juicio de sustitución.**

El artículo 40 Superior plantea que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” y para ello le asigna, en su numeral 6, la facultad de “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”. En la misma línea, el artículo 241, al regular las funciones de la Corte Constitucional, en su numeral 1 le asigna la de:

*Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*

Esta competencia se ve reiterada en el artículo 379 que aclara que las reformas constitucionales solo pueden ser declaradas inconstitucionales por violación de las reglas previstas en el Título XIII de la Constitución, que estatuye las reglas de procedimiento que deben ser seguidas en este caso.

Por cuenta de las anteriores disposiciones el control constitucional sobre actos legislativos tiene, en principio, un contenido meramente formal sobre cumplimiento de las reglas de procedimiento que debe seguir el Congreso. No obstante, con la sentencia C-551 de 2003 se hizo un entendimiento más amplio e integral de dichas cláusulas para referir la existencia de una limitación adicional al poder de reforma, destacando que este último no puede sustituir la Constitución de la cual deriva su competencia. Al respecto en esa oportunidad señaló:

*Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, **esto no significa que el poder de reforma no tenga límites**. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución **no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad**. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar **si la Carta fue o no sustituida por otra**, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. (negrilla propia)*

Esta tesis vino a ser luego caracterizada en la sentencia C-1040 de 2005 en la cual se delimitó el llamado “juicio de sustitución” como una metodología para determinar si, al expedir una reforma, el Congreso habría excedido su poder y realizado, en realidad, una suplantación constitucional. La propia jurisprudencia ha aclarado que este método constituye un control de doble vía. Por un lado, porque delimita el margen de configuración del Congreso al momento de reformar la Carta y, por el otro, para la propia Corte en la

medida en la que no la habilita para interpretar el fondo del acto legislativo que revisa. Así, en sentencia C-332 de 2017 se aclaró lo siguiente:

*Esta metodología se guía por el principio de **autorrestricción judicial**, el cual, en el caso concreto, permite cumplir simultáneamente tres objetivos: (i) **amparar la identidad de la Constitución** de ejercicios arbitrarios del poder de reforma que transformen sus ejes definitorios; (ii) permitir que la Carta se **adapte a los cambios sociopolíticos** más trascendentales, mediante el uso de los mecanismos de reforma de la Constitución, con miras a mantener la vigencia del compromiso social que le sirve de fundamento; y (iii) **evitar, de forma estricta, que el límite competencial derivado de la prohibición de sustitución se confunda con un control material** de las reformas constitucionales, tarea que en modo alguno, como se deriva de lo expuesto, hace parte de las competencias de la Corte.<sup>1</sup> (negrilla propia)*

Teniendo en cuenta esto, en sentencia C-577 de 2014 describió la metodología que debe seguirse al momento de verificar si una modificación constitucional excedió los límites de reforma o si se trata en realidad de una sustitución:

*La metodología que la Corte Constitucional ha adoptado para llevar a cabo el mencionado el juicio de sustitución, dispone la identificación de tres elementos: (i) la **premisa mayor**, representada en un enunciado normativo que contiene un pilar fundamental y definitorio de la Constitución, que obra como parámetro de control de constitucionalidad; (ii) la **premisa menor**, también representada en un enunciado normativo cuyo contenido alude al sentido y alcance de la reforma de la Constitución adelantada por el Congreso; y (iii) una argumentación que, tras el **cotejo de las premisas anteriores**, demuestre la alteración y cambio definitivo de aquel pilar fundamental y definitorio de la Constitución. (negrilla propia)*

Teniendo lo anterior, debe mencionarse que la misma Corte ha aclarado que la utilización de la metodología del juicio de sustitución no debe convertirse en una técnica infranqueable para el accionante, lo cual resultaría

<sup>1</sup> En este sentido, en la Sentencia C-543 de 1998, se mencionó que: “A la Corte Constitucional se le ha asignado el control de los Actos Legislativos, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación, es decir, por violación del trámite exigido para su aprobación por la Constitución y el Reglamento del Congreso. El control constitucional recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo.”

igualmente contrario al derecho que tienen los ciudadanos de interponer acciones públicas. Así, en sentencia C-053 de 2016 aclaró que “La especialidad de los cargos cuando se pretende la inexequibilidad de un acto reformativo de la Carta por vicios competenciales, no puede traducirse en un incremento extraordinario de las condiciones para ejercer la acción pública”. En ese sentido, se plantea la siguiente regla:

*En atención a esas dificultades teóricas, imponer al ciudadano una obligación de argumentación exhaustiva sobre la existencia del eje o una demostración concluyente del carácter irreconocible de la Constitución después de la reforma, desconoce el carácter público de la acción. En esa dirección, la Corte ha reconocido que es a ella a la que le corresponde asumir la carga argumentativa necesaria para adelantar el juicio, lo que es consistente con su función de intérprete autorizado de la Constitución<sup>2</sup>.*

14. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el examen de los cargos dirigidos en contra de una reforma constitucional **no puede ser extremadamente rígido hasta el punto de conducir a que solo ciudadanos con una acendrada pericia jurídica puedan obtener de la Corte un pronunciamiento de fondo** respecto de la validez constitucional de un acto reformativo. Sin embargo, no puede tampoco ser particularmente dúctil, admitiendo que cualquier desacuerdo pueda propiciar el examen de un acto legislativo que, precisamente por tener tal naturaleza, ha sido objeto de un

<sup>2</sup> Sobre el particular la sentencia C-1040 de 2005 indicó: “De tal manera que la carga argumentativa en el juicio de sustitución es mucho más exigente. El método del juicio de sustitución exige que la Corte demuestre que un elemento esencial definitorio de la identidad de la Constitución de 1991 fue reemplazado por otro integralmente distinto. Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad cuál es dicho elemento, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991 y (iii) mostrar por qué es esencial y definitorio de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definitorio de la Constitución de 1991 es irreductible a un artículo de la Constitución, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definitorio no equivale a fijar límites materiales intocables por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. Una vez cumplida esta carga argumentativa por la Corte, procede determinar si dicho elemento esencial definitorio ha sido (vi) reemplazado por otro –no simplemente modificado, afectado, vulnerado o contrariado- y (vii) si el nuevo elemento esencial definitorio es opuesto o integralmente diferente, al punto que resulte incompatible con los elementos definitorios de la identidad de la Constitución anterior.”



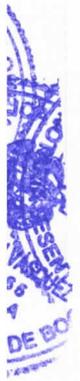
*procedimiento agravado de aprobación en el Congreso de la República.  
(negrilla propia)*

A partir de la metodología explicada y de la regla de no excesiva rigidez, se pasa ahora a explicar: i) la configuración el eje central de la constitución que se considera transgredido (premisa mayor); ii) el nuevo eje introducido por la reforma constitucional que se demanda (premisa menor); y iii) la manera en la que la premisa menor contraría la mayor (juicio de sustitución).

### **3. Premisa mayor: el modelo de control fiscal posterior y selectivo, como garantía del principio de separación de poderes y del sistema de pesos y contra pesos dispuesto por la Constitución de 1991**

No existe un listado de elementos estructurales de la Constitución que permita hacer una contrastación directa de las reformas constitucionales con aquellos. Por el contrario, la determinación de un eje de este tipo responde a un ejercicio analítico de diferentes disposiciones superiores y de la forma en la que la Corte Constitucional ha fijado su alcance. De manera concreta, en la sentencia C-1040 de 2005 la Corte explicó la manera en la que es posible construir la premisa mayor como parte del juicio de sustitución:

*Así, para construir la premisa mayor del juicio de sustitución es necesario (i) enunciar con suma claridad **cuál es dicho elemento**, (ii) señalar a partir de múltiples referentes normativos cuáles son sus **especificidades en la Carta de 1991** y (iii) mostrar **por qué es esencial y definatorio** de la identidad de la Constitución integralmente considerada. Solo así se habrá precisado la premisa mayor del juicio de sustitución, lo cual es crucial para evitar caer en el subjetivismo judicial. Luego, se habrá de verificar si (iv) ese elemento esencial definatorio de la Constitución de 1991 **es irreductible a un artículo de la Constitución**, - para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material- y si (v) la enunciación analítica de dicho elemento esencial definatorio **no equivale a fijar límites materiales intocables** por el poder de reforma, para así evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. (negrilla propia)*



CUNIBLAD

Teniendo en cuenta esto, pasa a explicarse que el Constituyente del 91 incluyó dentro de los pilares fundamentales de la Carta la separación de poderes y estructuró un sistema de pesos y contrapesos que se garantiza, entre otros, cuando el control fiscal que ejercen las contralorías se realiza de manera posterior y selectiva. Una variación de ese modelo de control para hacerlo “preventivo y concomitante” deriva en una modificación irreconciliable de dichos elementos y, por esa vía, en una sustitución constitucional. Para exponer lo anterior se hará una breve explicación de los conceptos de separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos, para luego explicar cómo la limitación constitucional de que el control fiscal sea posterior y selectivo garantiza su materialización.

### 3.1. El principio de separación de poderes y el modelo de pesos y contrapesos dispuesto por la Constitución de 1991

La separación de poderes y la existencia de un modelo de pesos y contrapesos son elementos necesarios en el constitucionalismo moderno. Este supone que las funciones de los entes del Estado estén claramente diferenciadas y que el ejercicio del poder esté controlado. Una visión distinta conduce a la existencia de facultades omnímodas propia de las dictaduras.

Esta idea se encuentra plasmada en varias disposiciones constitucionales. En primer lugar, “el artículo 1 define al país como un Estado organizado en la forma republicana, lo cual presupone excluir los modelos estatales que avalan la concentración del poder y de las funciones estatales”<sup>3</sup> En la misma línea, el 113 dispone expresamente lo siguiente:

Artículo 113. Son **Ramas del Poder Público**, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen **otros, autónomos e independientes**, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen **funciones separadas pero colaboran armónicamente** para la realización de sus fines.  
(negrilla propia)

A partir de esta concepción, el Título V y siguientes de la Carta se dedican a describir la organización principal del Estado y a delimitar las funciones

<sup>3</sup> Sentencia C-285 de 2016



constitucionales que desempeña cada uno de los órganos que lo componen. Bajo esa lógica, el artículo 121 dispone que *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”*. El 6 establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, así como por la *“omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*. Y el 122 que *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”*.

Lo que suponen estas disposiciones en relación con la separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos, es que es de la esencia del modelo de Estado creado en la Constitución de 1991 que los diferentes órganos que lo componen ejerzan funciones separadas de manera autónoma, sin perjuicio de que entre ellos pueda existir una colaboración armónica y de que entre ellos mismos se ejerzan controles recíprocos. Varias sentencias de la Corte Constitucional han explicado esta idea al momento de resolver demandas contra reformas constitucionales que amenazan la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos en diferentes campos.

En primer lugar, la sentencia C-971 de 2004 la Corte se refirió a la habilitación hecha por el Acto Legislativo 01 de 2003 que atribuía al Gobierno la potestad de expedir un decreto con fuerza de ley para la regulación de materias propias de una ley estatutaria en materia electoral. En esa oportunidad la Corte hizo las siguientes precisiones:

*El modelo por el cual optó el constituyente de 1991 mantiene el criterio conforme al cual, por virtud del principio de separación, **las funciones necesarias para la realización de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes**. Sin embargo, la idea de la separación está matizada por los requerimientos constitucionales de colaboración armónica y controles recíprocos. Por virtud del primero, se impone, por un lado, una labor de coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones, y, por otro, se atenúa el principio de separación, de tal manera que unos órganos participan en el ámbito funcional de otros, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente, o como una excepción a la regla general de distribución funcional, como cuando la Constitución señala que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales o que la ley podrá atribuir excepcionalmente función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. (C.P. Art. 116) **Los controles recíprocos, por su parte, se encuentran consagrados en diversas disposiciones***



**constitucionales**, como aquellas que establecen y desarrollan la función de control político del Congreso sobre el gobierno y la administración, o las que regulan los órganos autónomos de control y vigilancia. En conjunto, **la estructura constitucional descrita responde al modelo de frenos y contrapesos** que tiene el propósito, no solo de obtener mayor eficiencia en el desarrollo de las funciones a través de las cuales el Estado atiende a la satisfacción de sus fines, sino, y principalmente, de garantizar una esfera de libertad para las personas, por efecto de la limitación del poder que resulta de esa distribución y articulación de competencias.” (negrilla propia)

En similar sentido, en sentencia C-141 de 2010 la Corte debió decidir si la posibilidad de reelección presidencial consecutiva por tres periodos sustituía los elementos en comento. Para ello tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

Esa moderación es el resultado de **la división del poder en distintas funciones y de la asignación de las variadas competencias**, surgidas de esa división funcional, a diferentes órganos, pues, de ese modo, **ninguno de los depositarios de las diversas atribuciones podrá ejercer la totalidad del poder ni atraer hacia sí las funciones encomendadas a las otras ramas del poder público, lo que evita, tanto la concentración, como el riesgo de arbitrariedad inherente a ella y, simultáneamente, estimula un ejercicio del poder limitado a las competencias de cada órgano y sometido a controles recíprocos orientados a prevenir y sancionar los eventuales desbordamientos.**

Así pues, la colaboración en el cumplimiento de las diferentes funciones, que también hace parte de la doctrina de la separación de los poderes constitucionalmente prohijada, **en ningún caso puede equivaler a la invasión del ámbito competencial confiado a alguno de ellos, ni significar desplazamiento, subordinación o reducción de un órgano a la condición de simple instrumento de los designios de otro**, ya que, mediante la separación, se persigue “impedir la concentración del poder en manos de una misma persona”, motivo por el cual “a la división organizativa-funcional de poderes se suma la



exigencia de que una y la misma persona no ocupe cargos, en unión personal, dentro del ámbito de poderes distintos”<sup>4</sup>.

De la separación de poderes se desprende, entonces, el ejercicio de un **poder limitado**, así como susceptible de **control y organizado en distintas instancias** encargadas de diferentes funciones, con la finalidad esencial de asegurar la libertad de las personas frente al Estado, dentro de un marco de democracia participativa y pluralista. (negrilla propia)

Por su parte, en sentencia C-288 de 2012 la Corte debió resolver si el principio de sostenibilidad fiscal, introducido por el Acto Legislativo 3 de 2011, sustituía la separación de poderes al subordinar los derechos de las personas al mantenimiento de las finanzas públicas y condicionar la independencia del poder judicial, la autonomía de las entidades territoriales y la delimitación de la competencia del Gobierno y el Ministerio Público, a dicho fin. Respecto del asunto que interesa dijo:

En razón de los problemas jurídicos planteados en este fallo, interesa resaltar la faceta de colaboración armónica y de controles recíprocos, propia del principio de separación de poderes. Se ha indicado que estos rasgos del principio en comento tienen origen en su concepción contemporánea, fundada en el modelo de frenos y contrapesos, el cual permite que **para el ejercicio de las competencias de uno de los poderes se cuente con la concurrencia de otros**. Con todo, esa alternativa carece de un alcance tal que permita (i) **reemplazar al poder** concernido en el ejercicio de sus competencias o (ii) incidir con un grado de intensidad tal que **anule su independencia o autonomía**.

Teniendo en cuenta estos elementos, luego de hacer un completo recuento jurisprudencial, llegó a la siguiente conclusión:

Según lo expuesto, se advierte que la Corte ha considerado que **se sustituye la Constitución**, en lo que tiene que ver con el principio de separación de poderes, cuando a través de un acto legislativo (i) **se suplanta** una de las ramas del poder, a través de la asignación de sus competencias a otros órganos; y, a su vez; (ii) ese traslado de competencia genera que el acto jurídico resultante quede **excluido de**

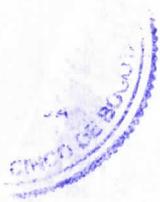
4 Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoría general del Estado*, México, Editorial Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, 1989. Pág. 293.

**los controles** que la misma Constitución prevé, en especial el control judicial. (negrilla propia)

Finalmente, en sentencia C-285 de 2016 la Corte se refirió a la reforma al equilibrio de poderes. Al delimitar el contenido de este principio dijo:

Partiendo de estos objetivos, el principio de separación de poderes tiene dos tipos de exigencias: Por un lado, **se requiere identificar los roles estatales**, y asignar a cada una de las ramas y órganos del Estado, en principio de manera exclusiva y excluyente, los roles institucionales derivados de los fines esenciales de la organización política. Tradicionalmente, estos roles corresponden a las actividades legislativa, ejecutiva y judicial, de modo que cada una de ellas se asigna a los tres poderes clásicos del Estado: el poder ejecutivo, el poder ejecutivo, y el poder judicial. No obstante, en la medida en que la vida social se ha tornado más compleja, y en la medida en que el Estado ha debido asumir nuevas tareas para dirigir la vida social en su nueva dimensión, han surgido otras tareas como la función electoral y la función de control, y en esta medida han aparecido **nuevos órganos separados** de las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, como acontece con el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco de la República, el Consejo Nacional Electoral o la Registraduría Nacional del Estado Civil. Asimismo, la institucionalidad al interior de cada rama se ha incrementado, con el objeto asumir las nuevas responsabilidades estatales. En cualquier caso, **la reconfiguración del Estado ha estado orientada por esta misma lógica impuesta por el principio de separación de poderes.**

Y por otro lado, el principio de separación de poderes exige la independencia y la autonomía de los órganos a los que la Constitución atribuye las funciones esenciales del Estado, entendiendo por independencia **la ausencia de injerencias externas en el desarrollo de los cometidos constitucionales del respectivo órgano**, y por autonomía, el otorgamiento, a cada uno de tales órganos, de la capacidad **para desenvolverse y desplegar sus actividades por sí mismos, y para autogobernarse.** De hecho, la separación de poderes, como instrumento de limitación del poder y como garantía institucional de las libertades y de la eficacia en la actividad estatal, no tendría ningún sentido y tampoco podría materializarse, si los órganos que asumen de manera separada las funciones y los roles del Estado no contarán con instrumentos para garantizar su independencia.



NANCY GARZÓN VÁSQUEZ  
NOTARIA SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
BOGOTÁ

AL  
ZONA VA  
RIA 6  
GAD  
CINCO

6.2.1.2. En la Constitución de 1991 **este principio irradió toda la configuración del Estado y se convirtió, de este modo, en un principio axial del texto constitucional.** (negrilla propia)

En la misma providencia, luego de hacer nuevamente un recuento de las sentencias que han tenido el principio de separación de poderes como parámetro de sustitución de la Constitución frente a diferentes reformas constitucionales, llegó a la siguiente caracterización:

*En definitiva, el principio de separación de poderes constituye un **elemento esencial del ordenamiento superior** en tanto instrumento de limitación de poder y garantía de los derechos y libertades y de la realización de los fines estatales. Y tal como fue concebido por el constituyente, exige: (i) la **identificación** de las funciones del Estado; (ii) la **atribución de dichas funciones** a órganos estatales diferenciados, en principio, de manera exclusiva y excluyente; (iii) la garantía de que cada órgano goce de independencia, en el sentido de que debe estar **exento de injerencias** externas en el desarrollo de su función; (iv) la garantía de que cada órgano goce de **autonomía**, en el sentido de que debe poder desenvolverse y desplegar su actividad por sí mismo, y autogobernarse.*

El recuento jurisprudencial evidencia cómo la Corte Constitucional ha utilizado los principios de separación de poderes y de pesos y contrapesos como parámetro para determinar si una u otra reforma sustituyen la Constitución. En concreto, puede decirse que estos principios suponen, como mínimo: i) la asignación de funciones diferenciadas a los órganos públicos para evitar la excesiva acumulación de poder; ii) la autonomía en el cumplimiento de las competencias, en el sentido de que las autoridades estén exentas de injerencias externas; y iii) la existencia de controles a las actuaciones por parte de otros órganos, en especial los judiciales. La eliminación de alguno de estos elementos a través de una reforma constitucional supone un exceso en el poder reformatorio del Congreso y debe ser declarada inconstitucional. Corresponde entonces analizar la operatividad de estos elementos en el caso del modelo de control fiscal dispuesto por la Carta del 91.

**3.2. El modelo de control fiscal posterior y selectivo como garantía de la separación de poderes y del sistema de pesos y**



## **contrapesos entre la rama ejecutiva y la Contraloría General de la República**

Conceptualmente lo primero que debe tenerse en cuenta es que la separación y el contrapeso de la función de control fiscal debe mirarse, principalmente, respecto de la función administrativa. En efecto, el artículo 119 superior dice que *“la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”*. Así, cuando se mezclan o cofunden las competencias de unos y otros se pone en riesgo la separación de poderes y se desbalancea el sistema de pesos y contrapesos.

Ahora, puede decirse que la función administrativa es ejercida principalmente por la rama ejecutiva del poder público y por los órganos que la componen. Al respecto, el artículo 115 Superior dispone que el presidente es, entre otros, *“suprema autoridad administrativa”*. De la misma forma, indica que *“Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva”*.

Más adelante, el Título VII describe en detalle la conformación de aquella. Allí le asigna funciones específicas al presidente y a sus agentes, como lo son los ministros, los diplomáticos, miembros de Fuerza Pública, jefes de organismos administrativos nacionales y los superintendentes. También el capítulo 5 del mismo título se refiere a la función administrativa, los principios que la rigen, su forma de organización, la posibilidad de que sea cumplida por particulares y la consagración de un control interno en todas las entidades que la ejercen.

Finalmente, el Título XI regula lo concerniente a la administración territorial, conformada por los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. En concreto, el artículo 287 aclara que las entidades territoriales gozan de autonomía y les asigna ciertos derechos que la garantizan. Estas disposiciones cuentan con un extenso desarrollo a nivel legal que describe en mayor detalle el ejercicio de la función administrativa del Estado en sus distintos órdenes y niveles.

Si se retoman los elementos necesarios de la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, puede decirse entonces que para el caso de la rama ejecutiva y los órganos de control fiscal ello supone, cuando menos:

- i) la asignación de competencias diferenciadas entre la Contraloría y los



órganos de la rama ejecutiva; ii) la autonomía en el cumplimiento de sus funciones; y iii) la existencia de control de las actuaciones, en este caso, el ente de control. Cuando se desdibujan estos requisitos se suplanta un eje axial de Constitución.

Teniendo en cuenta este preámbulo, se mostrará que el modelo que garantiza la separación de poderes y los contrapesos entre unos y otros está fundado en que el control fiscal sea solo posterior y selectivo, tal como fue consignado en la Constitución de 1991. Una adición de facultades en favor de los órganos de control fiscal para que este también sea preventivo y concomitante, sumadas a las que ya tiene la Contraloría, implica una excesiva concentración de poder y un desbalance en el diseño institucional del Estado.

Para comprobar la veracidad de esa premisa se explicarán: i) las consideraciones de la Asamblea Constituyente al respecto; ii) la articulación del modelo de control fiscal posterior y selectivo consignado directamente en la Constitución; y iii) la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconoce esa característica como un elemento esencial del diseño institucional y necesario para la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos.

### **3.2.1. Consideraciones de la Asamblea Nacional Constituyente**

El artículo 59 de la Constitución de 1886 decía que *“La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley”*. A partir de esta habilitación, fueron expedidas la Ley 20 de 1975 y el Decreto Ley 925 de 1976 que contemplaron los controles previo, perceptivo y posterior.

No obstante, los múltiples inconvenientes institucionales que ello condujo llevaron a que el tema de la temporalidad y la naturaleza del control fiscal fueran ampliamente debatidos en la Asamblea Constituyente. De manera concreta, en el informe de ponencia sobre Control Fiscal fueron planteadas las siguientes:

#### **I. CONSIDERACIONES GENERALES**

*Las contralorías en Colombia han ejercido, en general, sólo una parte de los controles que en la época moderna se han establecido en otros países;*



concentrándose, principalmente, en la auditoría de cuentas, con control previo, a fin de asegurar el honesto manejo de los dineros públicos, tal como lo recomendó la misión Kemmerer en 1923. Las contralorías han venido ejerciendo tanto la auditoría interna, propia del sistema previo; como la auditoría externa, **que es la verdadera función de las contralorías.**

Modernamente se ha establecido como función complementaria, muy importante por cierto, la auditoría de gestión con el propósito de evaluar la economía, la eficiencia y la eficacia, es decir, los resultados o el desempeño de la gestión realizada por los diversos organismos del Estado. No podría haber una auditoría de gestión sin previamente establecer la auditoría financiera que provea las bases para la evaluación de ella. Consecuentemente, **creemos que el control de gestión es complementario de la auditoría de cuentas o de regularidad, para utilizar el vocablo español.**

**El control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto** para la administración pública pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle **ejercer abusivamente una cierta coadministración que ha redundado en un gran poder unipersonal del contralor y se ha prestado, también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas.**<sup>5</sup> (negrilla propia)

A partir de estas y otras consideraciones de los demás delegatarios, de las organizaciones no gubernamentales y de las distintas mesas de trabajo, en la ponencia fueron sintetizados los siguientes principios rectores del nuevo modelo de control fiscal que sería propuesto en el articulado que dio origen al sistema de separación de poderes y de pesos y contrapesos de la nueva Carta en relación con esta función:

#### A. PRINCIPIOS RECTORES

*Sobre las consideraciones iniciales y la totalidad de los proyectos y propuestas presentados a consideración de la Asamblea, hemos preparado un articulado inspirado en ellos, **tratando de conformar un consenso y buscando soluciones prácticas y viables al problema***

<sup>5</sup> Gaceta constitucional 53 del 18 de abril de 1991



**de los organismos de control.** El articulado tiene como fundamento los siguientes principios básicos:

**1. Se elimina el control previo en el desarrollo de todas las funciones de los organismos de control.**

**2. Se permite la utilización de métodos modernos selectivos de control.**

**3. Se establece como complemento a la vigilancia fiscal, el control operacional o de resultados.** No se consideró conveniente asignar este último a un departamento independiente de la Contraloría puesto que se trata de una actividad complementaria del control fiscal y se aprovecha la infraestructura ya existente en aquella.

(...)

**9. Se establece que el control interno deberá ser ejercido por los mismos organismos del Estado.**

**10. Se autoriza a las Contralorías para contratar con entidades particulares la Contraloría externa y con personas o entidades especializadas, el control de resultados.** Así mismo cada entidad pública podrá contratar con firmas particulares **su control interno.**

**11. Se recalca que los organismos de control no podrán ejercer funciones o efectuar recomendaciones de carácter administrativo, que son propios de los mismos organismos sujetos a control.**

**12. Los organismos de control no son responsables de los actos realizados por los administradores del Estado y sólo en sus dictámenes posteriores a la realización de ellos podrán establecer juicios de responsabilidad cuando fuere el caso.** Esta es una lógica consecuencia de la **eliminación del control previo.** (negrilla propia)

Consecuente con estos planteamientos, el informe de ponencia presentado a la comisión tercera de la Asamblea sobre estructura del Estado retomó la necesidad de eliminar el control previo del modelo de control fiscal por cuanto ello, en esencia, implicaba un modelo distinto de Estado al que estaba siendo diseñado. A continuación se transcribe en extenso la argumentación expresada en aquella ponencia, dada la relevancia y contundencia que tiene para el punto que se quiere mostrar:



En todo caso, la Constitución describe la función (vigilancia de la gestión fiscal) y determina cuál es el órgano a que corresponde ejercerla (La Contraloría) y al mismo tiempo prescribe que ese órgano ejercerá aquella función "conforme a la ley".

La función fiscalizadora en el campo financiero del Estado, **no es desde luego una participación en la toma de decisiones de la administración sobre el manejo de la gestión fiscal, sino un examen y control de ésta antes, al tiempo o después de su ejecución.** Por eso **no se trata de una actividad administrativa** que culmina con un acto de naturaleza distinta, de carácter fiscalizador, de vigilancia, de supervisión. **Quien controla no debe participar en la decisión objeto de control, pues entonces dicha intervención equivaldría a coadministrar y se alejaría de la intención y naturaleza de la función fiscalizadora.**

Por lo mismo, el órgano de control **no forma parte de las entidades que controla;** es autónoma e independiente y no está sujeto a las directrices y pautas que pueden señalar las que han de ser controladas, pues de lo contrario de nada serviría el control si éste debe ejercerse conforme a los términos e indicaciones que señale el que ha de ser fiscalizado. Simultáneamente, **el Contralor no es superior jerárquico de las entidades u organismos controlados:** si lo fuere podría revocar directamente los actos administrativos de aquella; además, como sus actos anti técnicamente llamados administrativos, son de naturaleza distinta, **mal pueden entrar a ocupar el sitio de los que verdaderamente sí lo son** en el evento remoto de que así se procediera. En todo caso, la función fiscalizadora ejercida por "los organismos de vigilancia o supervisión financiera, contable o fiscal, **de ninguna manera puede llegar a detentar poderes capaces de causar interferencia o determinar coparticipación en la actividad administrativa.** En otros términos: **en ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediablemente hacia el coadministrador-contralor,** el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino **también los poderes de ordenador del gasto,** que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.



NANCY GAZÓN VÁSQUEZ  
NOTARIA SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
CINCO DE MAYO DE 1965

Por ello, y para evitar la llamada **dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes**, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan una **determinación tajante entre la capacidad ordenadora del gasto y la competencia supervisora del mismo**. Se aspira a que ésta, **en ningún caso, pueda invadir la órbita de aquella**, ideal que apenas corresponde al orden natural de las cosas y que no siempre, infortunadamente, es logrado en la realidad. Ni aun los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano, que establecen el llamado control preventivo, **pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores**. Semejante situación **desplazaría los poderes plenos de la administración hacia el organismo contralor**, dando origen a una confusión de funciones verdaderamente insólita, en que los entes jurídica y políticamente responsables de administrar, se verían detenidos en su actividad administrativa por una agencia de simple vigilancia **a la cual el ordenamiento no le confiere ni poder ni responsabilidad alguna sobre la función administrativa**, y que en consecuencia, careciendo de aptitud legal para acometerla, es por ello, al mismo tiempo, **jurídica y políticamente irresponsable de los actos u omisiones propios de la administración**. La Constitución adopta el principio de la **no intervención de la Contraloría en las actividades de la administración**, al disponer en el inciso 2° del art. 59 que "la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización". Este mandato, **que es determinante y que por serlo, no se presta a dubitaciones de ningún género, ni a interpretaciones casuísticas**, está en vigor.

El contralor, dice Penagos, no se explica por un deseo de curiosidad de saber lo que se hace, **sino de oponerse a lo que hace otro órgano**, si este acto no está de acuerdo con la ley o con los reglamentos, con la acción administrativa, con la verdad, con la moral gubernativa, financiera y la política general del Estado.

Y tal control **es distinto del propio inherente a la rama administrativa**; pero **no se debe confundir la función fiscalizadora con la función administrativa o gubernativa**, pues son de naturaleza totalmente distinta y se ejerce por actos también diferentes.



NANCY GARZON VASQUEZ  
NOTARIA SESENTA Y CINCO DE BOGOTA D.C.

15  
15

La función que desarrollan las contralorías, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal, es una especie de la función fiscalizadora en general, entendida en los términos genéricos de **fiscalizar el ejercicio de los actos de quienes detentan la dirección y gestión pública del Estado.**

Orgánicamente, las contralorías **no forman parte de ninguna de las tradicionales ramas del poder público.** No hacen parte de la rama legislativa, tampoco de la rama jurisdiccional **y como no son administrativas o coadministradoras,** tampoco forman parte de la rama gubernativa.

Funcionalmente, sus actos no son legislativos ni jurisdiccionales **o administrativos.**

Expiden, sí, actos administrativos, pero sólo **en los asuntos inherentes a su propia organización,** de la misma forma que las ramas jurisdiccionales o legislativa expiden este tipo de actos, pero sólo de manera secundaria. Para el desarrollo de su función fiscalizadora, sus actos son de naturaleza, contenido y objeto distintos; sus actos son el control, de vigilancia o, en otros términos más precisos, son actos fiscalizadores.<sup>6</sup> (negrilla propia)

Finalmente, el tema fue retomado en las discusiones sobre control fiscal a nivel territorial. De manera concreta puede destacarse la presentación de ponencia sobre la figura del departamento en donde se señaló:

En materia del control fiscal, reiteró que su propuesta apuntaba a modernizarlo, **eliminando el control previo** y centrándolo en el control financiero, de gestión y de resultados. **Reduce entonces toda función coadministradora de la Contraloría.** Para tales efectos, propuso el mecanismo de auditoría interna, independiente de la administración, la contratación de auditores externos seleccionados por los tribunales administrativos, previo registro técnico de personas jurídicas y naturales dedicados a la auditoría, posibilitando, además, que los colegios de profesionales, las universidades y la comunidad organizada, puedan ejercer estos controles sociales.<sup>7</sup> (negrilla propia)

6 Gaceta Constitucional 59 del 25 de abril de 1991

7 Gaceta Constitucional 118 del 6 de agosto de 1991



Estos elementos evidencian, sin lugar a duda, que el modelo de separación de poderes y de pesos y contrapesos concebido por la Constituyente tuvo dentro de sus consideraciones axiales sobre la estructura del Estado el que el control fiscal fuera posterior y selectivo, y no previo y concomitante. Esto es tan claro y evidente que fue concebido bajo el rótulo de “Principios generales” en la ponencia sobre Control Fiscal, luego explicado de manera amplia y contundente en el informe de ponencia y retomado en el debate territorial. Este aspecto no debe ser tenido como un asunto aislado o menor. Por el contrario, se trató de uno de los pilares sobre los que se edificó el diseño institucional y sin el cual los controles y balances tendrían que ser reestructurados.

### 3.2.2. La articulación del modelo de control fiscal posterior y selectivo consignado directamente en la Constitución (antes del Acto Legislativo 04 de 2019).

La característica de posterior y selectivo del control fiscal sobre la administración no se quedó en los debates constituyentes, sino que se plasmó a lo largo de la Carta aprobada. En primer lugar, el ya citado artículo 117 enuncia a la Contraloría General como ente de control y el 119 dispone expresamente que “tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración”.

Más adelante, el Título X se encargó de regular los organismos de control y en el capítulo 1 se hace referencia concreta a la Contraloría. Sus funciones generales y forma de elección quedaron en el artículo 267, así:

*El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual **vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.***

*Dicho control **se ejercerá en forma posterior y selectiva** conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.*

*La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un **control financiero, de gestión y de resultados**, fundado en la*



eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría **podrá ejercer control posterior** sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad **de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.** (...)

El Contralor será **elegido por el Congreso en Pleno**, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para **un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública** con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y **no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones** al vencimiento del mismo.

**Solo el Congreso puede admitir la renuncia** que presente el Contralor y proveer las faltas absolutas y temporales del cargo.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la Ley.

**No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional**, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos. (negrilla propia)

Por su parte, el artículo 268 consagró las siguientes funciones específicas a la entidad:



Artículo 268: El Contralor General de la República tendrá las **siguientes atribuciones**:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

3. Llevar un registro de la deuda pública de la Nación y de las entidades territoriales.

4. **Exigir informes sobre su gestión** fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.

5. **Establecer la responsabilidad** que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

6. **Conceptuar sobre la calidad y eficiencia** del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado.

7. Presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

8. **Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias** contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. La Contraloría, bajo su responsabilidad, podrá exigir, **verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata** de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

9. Presentar proyectos de ley relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría General.

10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera



CONSULTA

*administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho.*

*11. Presentar informes al Congreso y al Presidente de la República sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Estado, de acuerdo con la ley.*

*12. Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial.*

*13. Las demás que señale la ley.*

*Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General. (negrilla propia)*

Los artículos subsiguientes consagran otras características del control fiscal. Por ejemplo, el artículo 269 dispone la creación de mecanismos de control interno para el control preventivo dentro de las autoridades y el 271 aclara que cuando se hicieren procedimientos de indagación preliminar los resultados tienen valor probatorio ante la Fiscalía y el juez competente.

En el ámbito territorial, el artículo 272 dispone que *“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva”*. Según la norma, estas a su vez deben estar dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y sus jefes serán elegidos por las asambleas y los consejos, respectivamente, sin posibilidad de reelección. Se dice que tampoco *“podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”*.

El artículo 273 habilita al contralor para ordenar adjudicaciones en audiencia pública y el 274 dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría la realiza la Auditoría General de la República.

Las anteriores disposiciones, *grosso modo*, describen las articulaciones del modelo de control fiscal creado por la Constitución de 1991 y lo ubican dentro del diseño de separación de poderes y pesos y contrapesos que fue



concebido previo a la reforma del Acto legislativo 04 de 2019. Como se aprecia, este es quizá uno de los poderes más predominantes de la estructura del Estado. Se trata de una entidad que tiene la posibilidad de solicitar información confidencial, sancionar por no entregarla, ejercer facultades de policía judicial, fenecer cuentas del Estado, destituir funcionarios, asumir competencias sobre actuaciones territoriales, remitir material probatorio para ser usado en juicios penales, entre otras.

Estos elementos no son fortuitos ni deben ser entendidos de manera aislada. Sus competencias, poderes, formas de elección y medios de control son parte de un delicado engranaje institucional. Cualquier modificación en este sistema, para que sea respetuoso de los ejes axiales con los que fue concebido, debe garantizar, como mínimo, que: i) la asignación de funciones entre órganos se mantenga diferenciada para que no haya acumulación de poder; ii) se respete la autonomía en el ejercicio de competencias para evitar injerencias externas indebidas; y iii) no se eliminen los controles a las actuaciones, en especial el judicial. Al eliminarse alguno de aquellos se rompe la separación y se desequilibra la distribución de competencias, con lo cual, en ultimas, se suplanta la Constitución.

### **3.2.3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional que incluye el control fiscal posterior y selectivo como garantía del principio de separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos concebido por la Constitución de 1991**

Cómo fue explicado más arriba, la construcción de la premisa mayor dentro del juicio de sustitución responde al ejercicio complejo de identificar un pilar estructural de la Constitución a través de la referencia a diferentes fuentes. Dentro de aquellas incuestionablemente se encuentra el trabajo realizado por al máximo intérprete de la Constitución. A continuación, se presentan algunas de las decisiones de las que se desprende que el control fiscal posterior y selectivo ha sido entendido como una garantía del principio de separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos de la Constitución de 1991.

- **Sentencia C-534 de 1993.** En esta oportunidad la Corte debió resolver una demanda contra el inciso 2 del artículo 4 de la Ley 42 de 1993, "*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*", que incluía como órgano de control fiscal a las auditorías internas de la entidad. En esa oportunidad la Corte debió



distinguir entre ambas funciones aclarando que en el nuevo modelo constitucional "se termina con la coadministración que se ejercía mediante el control fiscal previo". A partir de ello señala:

Al colocarse en cabeza de la administración la obligación de conceptuar la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado, como lo prevé la propia Constitución (art. 268 numeral 6o.), se logra una **distinción esencial** entre los contenidos, fines y responsabilidades propios del control interno, que debe organizarse en las entidades públicas **y las del control fiscal externo ejercido por la Contraloría General de la República y las contralorías** departamentales, distritales y municipales a nivel territorial. Se confiere así forma real a la **diferenciación entre las tareas administrativas y las de control fiscal**, de donde el control interno se entiende como parte del proceso administrativo y corresponde adelantarlos a los administradores; teniendo oportunidades propias en todos los momentos del cumplimiento de la función administrativa, pudiendo serlo previo, concomitante o posterior, **lo que permite que el funcionario cumpla su función, asumiendo la responsabilidad por sus actuaciones y resultados**; sin perjuicio de la independencia de los organismos de control fiscal, **no coadministradores, que cumplirán sus funciones de manera posterior y selectiva, sin ocuparse de funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización** (artículo 267 C.N.). (...)

La Ley 42 de 1993, "sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen", regula el control fiscal a cargo de la Contraloría General y las contralorías departamentales y municipales que, según señalamientos constitucionales antes indicados **buscan separar funcionalmente las labores de los organismos de control en el marco de la clásica división de poderes adoptada por el constituyente**. De suerte que no es posible desplazar a otros organismos o instituciones públicas el control fiscal y de resultados que les ha sido adjudicado.

Pero no sólo resultaría por ese respecto contrario a la Constitución Política el desplazamiento indicado, sino también en razón de la distinción que entre el control interno, y el control fiscal externo, a cargo de los organismos de control, en sentido estricto, se ha señalado en el orden superior. **Distinción, se repite, que busca separar las funciones de control fiscal de las funciones administrativas.**



El inciso 2o. del artículo 4o. acusado parcialmente preceptúa que el control fiscal externo, posterior y selectivo, será ejercido por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, los auditores, las auditorías, y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales. Al crear el precepto auditores y auditorías, como organismos encargados del control fiscal, distintos de los señalados por la Carta Política para cumplir ese cometido público, **resulta ese desbordamiento, contrario a la Norma de normas, y, en consecuencia inexecutable las expresiones normativas acusadas.**

No significa lo anterior que en el lenguaje jurídico no puedan existir dependencias de la Contraloría General o de las contralorías departamentales distritales o municipales que se denominen auditorías, y cuyos jefes a su vez sean calificados de auditores; **lo que no puede existir son instancias de control fiscal sustitutivas de las que aquellas contralorías desempeñan por mandato constitucional, y entronizadas como parte de la administración en general, ni de la administración en particular de las empresas públicas municipales, como lo indica el inciso en examen.** (negrilla propia)

- **Sentencia C-320 de 1994.** En esta oportunidad se resolvió una demanda contra las mismas expresiones del fallo anterior, pero fueron incluidas las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales. En esta oportunidad fueron reiteradas las consideraciones precedentes, pero se hizo la siguiente aclaración:

Pero resulta que los ahora demandantes han acusado el segmento del artículo 4o. de la Ley 42 que dice: "... y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales", que por las mismas razones expuestas en la sentencia precedente, resulta inconstitucional. En efecto, **tanto la división de poderes, como la separación de los organismos de control del Estado**, presentan a estas "revisorías", como organismos distintos a los establecidos por la Carta para el ejercicio del control fiscal, permitiendo la expresión acusada, de esta manera, desvirtuar los alcances de las reformas que al mismo se introdujeron en el nuevo orden superior, en lo atinente a las empresas públicas municipales. (negrilla propia)



NANCY GARZÓN VÁSQUEZ  
NOTARIA SESENIANA DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADA

ALCABIA

- **Sentencia C-374 de 1995.** En esta oportunidad la Corte se refirió a la declaración de inexecutable de un aparte del artículo 27.4 de la ley 142 de 1994 que, en sentir del demandante, autorizaba a las empresas de servicios públicos para contratar con empresas privadas la función de control fiscal. En esa oportunidad la Corte se refirió la naturaleza de esta función y a la necesidad de que se encuentre separada de la función administrativa. Al respecto dijo:

*En la Constitución Política de 1991 se reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares (arts. 267, 268 y 272 C.P.).*

Mas adelante, se refirió de manera especial al control previo que podía ser ejercido en épocas preconstitucionales:

*La regla general es que el control fiscal es posterior y selectivo, con lo cual se superó el uso del desprestigiado sistema del control previo e indiscriminado, que dio lugar, con no poca frecuencia, a la abusiva injerencia de la Contraloría como coadministrador de la gestión pública. Por ello la Constitución autoriza el examen de la gestión y de los resultados en el manejo de los recursos y bienes públicos, de manera que se pueda establecer y evaluar la eficiencia, la economía, la equidad y los costos ambientales en el ejercicio de esa gestión.*

- **Sentencia C-189 de 1998.** En esta oportunidad la Corte se refirió a una demanda contra los artículos 80 y 81 parciales de la Ley 42 de 1993 que señalaban que los actos de control fiscal eran actos administrativos. A partir de ello, la decisión destinó un capítulo con el tema "Separación de poderes, autonomía de la contraloría y funciones administrativas de esta entidad". Allí inició diciendo:

*Por ello, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, la Constitución quiso "distinguir nítidamente la función propiamente administrativa del Ejecutivo de la función*



**fiscalizadora de la Contraloría, pues consideró que la confusión de tales funciones comportaba efectos perjudiciales para la marcha del Estado**<sup>8</sup>. Esto se desprende con nitidez no sólo del texto constitucional, que explicita que la tarea propia de estas entidades es la vigilancia y el control fiscal de la administración (CP arts 119 y 267) sino, además, del examen de los debates constituyentes, en donde claramente se señaló que **"no se debe confundir la función fiscalizadora con la función administrativo o gubernativa, pues son de naturaleza totalmente distinta y se ejerce por actos también diferentes"**<sup>9</sup>.

En esa línea, luego de analizar los antecedentes de la asamblea nacional constituyente y las diferentes disposiciones constitucionales que describen el control fiscal, señaló:

En efecto, un **análisis sistemático** de las disposiciones constitucionales y de los propios debates en la Asamblea muestra que **la voluntad del Constituyente fue evitar ante todo la coadministración por los órganos de control, por lo cual quiso distinguir, sobre todo en materia de gasto, la función ejecutiva administrativa (ordenación del gasto) de la función de control (verificación de su legalidad y eficacia y eficiencia de gestión).** (negrilla propia)

- **Sentencia C-113 de 1999.** Aquí declaró exequible el numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", que excluye a los organismos de control de la intervención en los procesos contractuales. En lo concerniente a las funciones de la Contraloría la Corte precisó:

En ese orden de ideas, la tarea de entes como las contralorías **no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal, a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados desde la perspectiva del control.** De lo

8 Sentencia C-100 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 6  
9 Cf Hernando Herrera et al. "Informe Ponencia sobre Estructura del Estado" en Gaceta Constitucional No 59, p 10.

contrario, él **no podría ejercerse objetivamente**, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, **perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función.** (negrilla propia)

- **Sentencia 648 de 2002.** Aquí se discutió la constitucionalidad de los artículos 44 y 61 de la Ley 610 de 2000, “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías” que habilitaban a la Contraloría a participar de manera previa en procesos de contratación. Al referirse a la lógica del control posterior y selectivo, dijo:

Sobre el particular debe señalarse, como ya lo ha expresado la Corte, que efectivamente las Contralorías no pueden participar en el proceso de contratación, puesto que su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones. Tampoco pueden **interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora, lo cual está prohibido expresamente por la Carta Política** al señalar en el artículo 267 que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. De esta forma, al excluir la intervención de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, **se evita que se incurra en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración.**<sup>10</sup>

Sin embargo, esta circunstancia no sirve de argumento para alegar la improcedencia del control fiscal sobre los contratos estatales, el cual, por el contrario, bien podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato, **sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni**

10 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-113 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y C-623 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En la primera sentencia, al analizar la constitucionalidad del numeral 11 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, la Corte expuso, entre otros argumentos, que “La tarea encomendada a entes como las contralorías no es la de actuar dentro de los procesos internos de la Administración cual si fueran parte de ella, sino precisamente la de ejercer el control y la vigilancia sobre la actividad estatal a partir de su propia independencia, que supone también la del ente vigilado, sin que les sea permitido participar en las labores que cumplen los órganos y funcionarios competentes para conducir los procesos que después habrán de ser examinados bajo la perspectiva del control. De lo contrario, él no podría ejercerse objetivamente, pues en la medida en que los entes controladores resultaran involucrados en el proceso administrativo específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función”.

**vulnerar los parámetros constitucionales sobre estos tópicos.** Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución (art. 267) y lo ha reconocido esta Corporación.

- **Sentencia 716 de 2002.** En esta oportunidad la Corte debió referirse a una demanda interpuesta en contra de la Ley 598 de 2000 “Por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, el Catálogo Único de Bienes y Servicios, CUBS, y el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, de los bienes y servicios de uso común en la Administración Pública y se dictan otras disposiciones”. Esta le permitía a la Contraloría hacer observaciones previas o concomitantes a los procesos de contratación de las entidades públicas. En esta oportunidad, la Corte se refirió extensamente a la garantía que implica para el principio de separación de poderes el que la Contraloría no pudiera incidir en la toma de decisiones de las demás entidades. Al respecto dijo:

*En efecto, la promulgación de la Carta Política del 91 trajo como consecuencia la abolición definitiva del sistema de control previo y la adopción del control posterior y selectivo (Art. 267 C.P.).*

*La principal queja que se formuló en contra del sistema de control previo tuvo que ver con la **intromisión inadecuada de la Contraloría en el ejercicio de la función administrativa**<sup>11</sup>. En efecto, dada la intervención de la misma en los procesos previos a la ejecución del gasto, el control anterior **propiciaba la intrusión directa del organismo de vigilancia en la toma de decisiones ejecutivas, intromisión que frecuentemente obstaculizaba, cuando no vetaba, el normal desenvolvimiento de la Administración**<sup>12</sup>.*

11 “Naturalmente que la intención de separar las funciones de administración y vigilancia responde a la necesidad de asegurar que los organismos de control actúen con plena objetividad, imparcialidad e independencia, porque no sería lógico que luego de haber intervenido en la ejecución de ciertas actividades, un organismo se convirtiera desapasionadamente en juez de sí mismo.”(Sentencia C-089 de 2001. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)

12 Según los planteamientos formulados en la Directiva Presidencial N° 2 de 1994, “la Constitución de 1991 produjo un viraje importante en el ejercicio de la función del control fiscal en el país. Cabe recordar que el diagnóstico que debatió en su momento la Asamblea no era alentador: el control fiscal estaba circunscrito básicamente a la auditoría de cuentas y al control previo; las prácticas de control existentes permitían la dilución de la responsabilidad de la alta dirección; el control previo ejercido por la Contraloría General se había convertido fundamentalmente en un sofisma que entrababa la administración y lo más grave, con el correr del tiempo se asociaba no con buenas prácticas de gestión sino



15 JUL 2004 11

Lo anterior, aunado a la circunstancia de que el ejercicio del control previo **no implicaba responsabilidad administrativa** alguna para la Contraloría, a pesar de las implicaciones administrativas del mismo, motivó su **erradicación definitiva** del ordenamiento jurídico nacional.

En virtud de que formaron parte medular del debate sobre la reforma al régimen fiscal, las razones expuestas por el constituyente para proscribir esa particular modalidad de control han sido prolijamente referenciadas por los estudiosos en la materia, amén de ser fácilmente rastreables en los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente. Es así como en su momento se admitió que "[e]l control previo, generalizado en Colombia, **ha sido funesto para la administración pública**, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle **ejercer abusivamente una cierta coadministración**, que ha redundado en un gran poder unipersonal del control y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas"<sup>13</sup>.

De igual forma, la Corte Constitucional reconoció los planteamientos esbozados en contra del sistema de control previo al admitir **que la voluntad inequívoca del constituyente del 91 había sido la de remover los vestigios de una metodología de control que transgredía los límites de la separación de funciones y atentaba contra la autonomía de la Administración**, para instaurar un sistema de vigilancia enfocado hacia los resultados y los balances de la actividad gestora<sup>14</sup>. (negrilla propia)

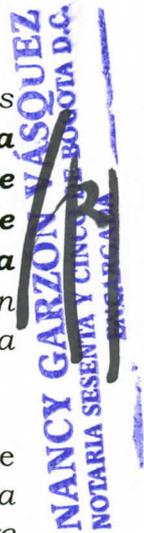
Así, luego de referirse a la sentencia C-189 de 1998, ratificó que a partir de lo dispuesto en los artículos 113, 119 y 267 de la Carta es claro que "la voluntad del constituyente había sido la de establecer una clara división entre las funciones de la administración activa y del control fiscal". Teniendo en cuenta estos elementos, al decidir sobre la exequibilidad de la norma sometida a su consideración, concluyó:

---

con una inconveniente coadministración, que a la postre redundaba en una creciente interferencia política en la gestión."

13 Gaceta Constitucional N° 53 pág. 19

14 "De esta manera, el control tradicional de la Contraloría (numérico-legal) cambia ahora su énfasis, para concentrarse en un control de evaluación de los resultados globales de la gestión administrativa" RESTREPO, Juan Camilo. "Hacienda Pública". 2ª. Edición. Universidad Externado de Colombia. 1994. Pág.279.



(\*) Inmóvil

Como primera medida debe recordarse que la razón que motivó la proscripción del sistema de control fiscal previo en Colombia fueron los **efectos perjudiciales de su implementación en el normal desenvolvimiento de la función administrativa**. Con esta eliminación se pretendió **erradicar la coadministración de los organismos de control**, que antes de la Carta de 1991 intervenían en los procesos de contratación pública al punto de **condicionar o incluso vetar la capacidad contractual de las entidades del Estado**. El vicio fundamental detectado en el esquema consistía en que **la intervención temprana de la Contraloría impedía la celebración de los contratos cuando quiera que se verificaba el incumplimiento de los requisitos legales de contratación**.

Desde esta óptica, si se llegare a comprobar que al asumir el diseño, administración y regulación del SICE, la Contraloría General de la República **adquiere la potestad de condicionar o impedir el desempeño de la función administrativa** -reflejada en el ejercicio de la facultad contractual-, entonces habría que concluir que, a pesar de las ventajas de esa metodología, su asignación al organismo de control **constituye un retroceso hacia el control previo**, superado ya por el régimen constitucional vigente.

Si, por el contrario, se verifica que esta intervención de la Contraloría no autoriza al órgano de control a adoptar decisiones anteriores al contrato **que puedan conducir a la postergación, suspensión o modificación del mismo**, entonces habrá que deducir que el sistema informativo a que se contrae la Ley 598 de 2000 no constituye mecanismo alguno de control previo.

Del mismo modo, esta Corporación considera que el Sistema de Información de la Contratación Estatal -SICE- implicaría la ejecución de un control perfilado hacia la **co-administración, es decir, reincidiría en los vicios del control fiscal previo**, si la Contraloría estuviera facultada para **descalificar autónomamente** las propuestas que los proveedores publican a través del SICE y para ejercer un control sobre los precios por ellos ofrecidos.

Dicho de otra forma, si por virtud del manejo de la información del SICE la Contraloría **asume la facultad de calificar o descalificar, valorar o analizar las propuestas de precios y condiciones de servicio presentadas por los respectivos oferentes**, no podría admitirse que



el objetivo del SICE es apenas informativo y habría que aceptar que éste conserva las intenciones del control previo prohibido por la Carta Política. Más aún, de llegarse a verificar que la implementación del SICE confiere al organismo de control **la potestad de condicionar, conducir, coartar, inducir u obligar la escogencia de los elementos constitutivos del contrato** por parte de las entidades públicas o, en su caso, de los particulares, no habría conclusión distinta a la de considerar que el diseño legal del sistema **se opone al esquema de control fiscal previsto por la Constitución Política** y que, por tanto, la Ley 598 es contraria a la Carta.

En definitiva, el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal incurriría en los defectos del control previo si se lo entendiera, no ya como un mecanismo de información que propugna la agilización de los procesos de contratación, estimula la transparencia, facilita la consulta de las opciones, aumenta el espíritu de competencia entre los oferentes y propicia el control social de la actividad contractual de las Administración, **sino como un mecanismo de aprobación temprana de las opciones con que cuentan las entidades públicas para celebrar contratos.** (negrilla propia)

- **Sentencia C-557 de 2009.** En esta oportunidad la Corte resolvió una Demanda de inconstitucionalidad contra expresiones y el parágrafo del artículo 37 de la Ley 42 de 1993, “sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que la ejercen”. Sobre el tema que ocupa, la Corte se refirió a la consagración de la función de control fiscal de los artículos 117 y 119 superiores en cabeza de la Contraloría. Al respecto dijo que “esta lógica de separación, independencia y autonomía otorgada a la Contraloría General de la República, anuncia por sí misma, la concepción que se consagra en la nueva Constitución del control fiscal”<sup>15</sup>. En ese marco, destacó que la voluntad de la Asamblea Constituyente había sido la de eliminar las injerencias de la Contraloría en las entidades administrativas. Al respecto dijo:

5.4.2 En segundo lugar, que frente al sistema anterior eran frecuentes las críticas al carácter previo y perceptivo del control fiscal, **en particular por haberse transformado en mecanismo de co-administración y en foco de corrupción.** Estas características fueron consideradas en los debates surtidos en el seno de la Asamblea Nacional

<sup>15</sup> Ver Sentencia C-167 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz



Constituyente<sup>16</sup> y sirvieron como fundamento **para reemplazar el control fiscal previo y perceptivo por uno posterior y selectivo**, que comprende un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales<sup>17</sup>.

- **Sentencia C-967 de 2012.** Aquí el debate lo suscitó una Demanda contra el artículo 217 (parcial) del Decreto Ley 019 de 2012, “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”. Para el accionante la norma permitía que a través de conciliaciones, acuerdos o transacciones a que llegaren las partes en el curso de una relación contractual, se declarara al contratista a paz y salvo con la administración, sin aclarar por qué concepto y excluyendo con ello los controles judicial y fiscal. Al referirse al tema que ocupe, dijo:

5.2.- *A pesar de las virtudes que este mecanismo cautelar prometía para evitar detrimentos injustificados del tesoro, lo cierto es que su implementación **resultó bastante compleja desde la óptica de la separación de funciones, al punto de convertirse en un instrumento de administración compartida que incluso mereció reproches ligados a prácticas de corrupción.***

Fue por lo anterior que en los debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente **se hizo expresa la intención de evitar el control previo de la Contraloría y con ello una suerte de coadministración<sup>18</sup>**, de modo que en el nuevo diseño institucional

16 En los antecedentes constitucionales sobre la materia se encuentra la siguiente expresión, que ilustra acerca de las ineficiencias del modelo de control fiscal imperante en la época: “El sistema de control previo actualmente existente ha demostrado ser absolutamente ineficaz a la hora de preservar al patrimonio público y, por el contrario, se ha convertido en un nocivo sistema de co-administración al que puede atribuirse gran parte de responsabilidad en la extendida corrupción que hoy azota al Estado colombiano”. Gacetas Constitucionales Nos. 27, 53, 77 y 109.

17 En las Sentencias C-189 de 1998. M.P. Dr Alejandro Martínez Caballero y C-648 de 2002, MP. Jaime Córdoba Triviño se realiza un amplio estudio acerca de las razones del cambio de paradigma de control fiscal en el ordenamiento constitucional colombiano y de las implicaciones del control posterior y selectivo actual.

18 Al respecto, en la Sentencia C-623 de 1999 la Corte sostuvo: “Incluso se llegó a afirmar que dicho control se había convertido en una forma de coadministración y, por ende, en foco de corrupción: ‘El sistema de control previo actualmente existente ha demostrado ser absolutamente ineficaz a la hora de preservar el patrimonio público y, por el contrario, se ha convertido en un nocivo sistema de co-administración al que puede atribuirse gran parte de responsabilidad en la extendida corrupción que hoy azota al Estado colombiano’.



previsto en la Carta Política de 1991 se acogieron las sugerencias formuladas. (...)

Así, luego de citar las normas constitucionales relevantes, dijo:

*Sin embargo, el artículo 267 reconoció en el control fiscal una función pública que se ejerce de manera “posterior y selectiva”, **separando claramente las labores administrativas de las de vigilancia fiscal**, ante la “necesidad de asegurar que los organismos de control actúen con plena objetividad, imparcialidad e independencia, porque **no sería lógico que luego de haber intervenido en la ejecución de ciertas actividades, un organismo se convirtiera desapasionadamente en juez de sí mismo**”<sup>19</sup>. (negrilla propia)*

Mas adelante, resaltó la necesidad de no intervención de la Contraloría en las decisiones administrativas, así:

*Desde esta perspectiva, la Corte ha insistido en que los organismos de control fiscal **no están facultados para intervenir en los procesos de contratación estatal ni tomar parte en las decisiones administrativas de cada entidad**. Por ello esta corporación ha rechazado los mecanismos que suponen una **intromisión ilegítima en la contratación estatal** cuando implican el ejercicio de una función que el Constituyente sustrajo de los organismos de control fiscal. (negrilla propia)*

Finalmente, en la sentencia concluyó:

*Desde esta óptica, es necesario hacer una **lectura armónica** de la Constitución, y especialmente de los artículos 119 y 267, con el propósito de fortalecer la capacidad institucional de las autoridades a las cuales se ha encomendado esa función, **procurando que su actividad no implique una interferencia indebida en las competencias de las autoridades para la administración y manejo de los fondos oficiales**, pero velando siempre porque el control fiscal se cumpla de manera integral. (negrilla propia)*

Gacetas Constitucionales Nos. 27, 53, 77 y 109”. En el mismo sentido puede verse la sentencia C-189 de 1998.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2001.



- **Sentencia C-103 de 2015.** En esta oportunidad la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 7° del artículo 5 del Decreto Ley 267 de 2000, “*Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*”. La Corte declaró la inexecutable al advertir que la modalidad de control fiscal previo constituye “*una afectación innecesaria de los principios constitucionales que establecen el carácter posterior del control fiscal y la prohibición de coadministración*”. Al respecto señaló:

*Examinada la constitucionalidad del artículo 5, numeral 7°, del Decreto 267 de 2000, a la luz de los cargos propuestos, la Sala concluye que **la función de advertencia** que dicha norma atribuye a la Contraloría General de la República, si bien apunta al logro de objetivos constitucionalmente legítimos, relacionados con la eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal encomendada a esta entidad, desconoce el marco de actuación trazado en el artículo 267 de la Constitución, el cual encuentra dos límites claros en (i) **el carácter posterior y no previo que debe tener la labor fiscalizadora de la Contraloría** y, de otro lado, (ii) **en la prohibición de que sus actuaciones supongan una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las entidades sometidas a control.***

(...)

*La Sala considera que la modalidad de control fiscal previo representada en la función de advertencia **constituye una afectación innecesaria de los principios constitucionales** que, para salvaguardar la autonomía e independencia de la Contraloría, **establecen el carácter posterior del control externo y la prohibición de coadministración.** El propio constituyente dispuso de otros mecanismos que, sin comprometer los mencionados límites, permiten alcanzar las finalidades constitucionales perseguidas con el control de advertencia previsto en la norma acusada. Se trata de los dispositivos de control fiscal interno que, según lo previsto en los artículos 209 y 269 superiores, están obligadas a implementar las entidades públicas. (negrilla propia)*

A partir de estos elementos concluyó:

NANCY GABRIELA MASQUEZ  
NOTARIA SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADA

CINCO DE BOGOTÁ

DE COLOMBIA  
MASQUEZ  
DE BOGOTÁ

El primero de estos límites es desconocido, por cuanto, como lo dispone la literalidad de la norma acusada, la función de advertencia recae sobre "operaciones o procesos en ejecución". Esto implica, por definición, que el precepto cuestionado **faculta a la Contraloría para intervenir antes de que se adopten las decisiones y culminen los procesos y operaciones susceptibles de control fiscal posterior**. Es precisamente el carácter previo el que confiere sentido a la formulación de advertencia, y a que la propia norma acusada establezca que, sobre los hechos así identificados, luego se ejercitará el control fiscal posterior.

Al examinar este punto, la Sala concluye que la norma acusada instaura un mecanismo de control fiscal previo, en tanto no sólo faculta a la Contraloría para vigilar, esto es, para observar atentamente la gestión fiscal, sino que además **le otorga competencia para intervenir a través de la formulación de advertencias destinadas a corregir el rumbo de una acción**. Es esta posibilidad de intervención ex ante la que permite catalogar tal facultad como un ejercicio no de mera vigilancia sino de control y, por tanto, entender que, la función de advertencia **desconoce el límite en virtud del cual el control fiscal externo que se atribuye a la Contraloría sólo puede operar a posteriori**. (negrilla propia)

- **Sentencia 470 de 2017**. Es sentencia se origina en el control constitucional del Decreto Ley 888 de 2017 "Por medio del cual se modifica la estructura y se crean unos cargos en la planta de la Contraloría General de la República". Frente al tema que interesa, en esa oportunidad dijo el Tribunal:

La naturaleza del control y vigilancia que ejerce la Contraloría General de la República es posterior y selectiva,<sup>20</sup> lo cual constituye **una de las características del actual modelo de control fiscal**. Ello se acompasa con la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, a

<sup>20</sup> La ley 42 de 1993, artículo 5o. define el control posterior y selectivo así: "ARTÍCULO 5o. Para efecto del artículo 267 de la Constitución Nacional se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal." Según dicho esta Corte en la Sentencia SU-431 de 2015 "El control posterior permite que más allá de un mero examen de legalidad, se evalúen los resultados globales de la gestión, sobre la base de la eficacia, eficiencia y economía."



*fin de evitar toda forma de **coadministración y garantizar la independencia y autonomía del órgano de control.***<sup>21</sup> (negrilla propia)

A partir de ello, termina por concluir lo siguiente sobre el tipo de control que ejerce la Contraloría y sus límites:

*Dicho control se ejerce a través de dos vías: (i) la labor de vigilancia propiamente dicha, a través de la práctica de auditorías; (ii) el inicio de procesos de responsabilidad fiscal.<sup>22</sup> En relación con la primera, el momento que marca el inicio de la **intervención legítima** del ente de control es una vez la entidad sujeta a control ha adoptado las decisiones relativas a la disposición de recursos públicos y ejecutado los procesos que serán objeto de fiscalización posterior.<sup>23</sup> Esto quiere decir que, la Contraloría **no debe anticiparse ni inmiscuirse en la ejecución de procesos o la adopción de decisiones**, sino que debe honrar el carácter posterior de su intervención y **salvaguardar la necesaria autonomía del quehacer administrativo** y la del propio ente de control, ejerciendo sus atribuciones en forma posterior.*

### 3.3. Conclusiones sobre la premisa mayor

Al largo de este capítulo se ha hecho alusión a las diferentes fuentes de las cuales se extrae que el control fiscal posterior y selectivo es condición necesaria para la garantía de la separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos creado por la Constitución de 1991. Al respecto se mostró que este tema fue central desde el momento mismo de la concepción de la Carta a través de los actos constituyentes que los consideraron como un *principio*

<sup>21</sup> Al respecto, en la sentencia C-113 de 1999 (MP José Gregorio Hernández Galindo), la Corte señaló: “las posibilidades de co-gestión por parte de delegados de los entes fiscalizadores, tal como se daba con anterioridad a la Carta Política de 1991, no solamente resultaba ineficaz para lograr una verdadera transparencia de los procesos administrativos, en especial los de contratación, sino que se había constituido en oportunidad y motivo de corrupción, en cuanto se prestaba para ilícitos pactos entre funcionarios administrativos y los encargados de su vigilancia. Eso, además de la injustificada dilación que en los trámites correspondientes implicaba la permanente consulta de las decisiones con los órganos de control, especialmente las auditorías, cuyos titulares creían gozar de autoridad suficiente para obstaculizar y para desviar las actuaciones previas a la contratación, imponiendo no pocas veces sus criterios a las autoridades competentes, con ostensible vulneración del principio de separación funcional y distorsionando el verdadero papel que se atribuye a quienes ejercen el control fiscal.”

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia C-577 de 2009 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-623 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz) y C-648 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño).



rector para superar la coadministración que permitía la Constitución de 1886.

Como resultado de estos debates se dio origen a una serie de normas que articulan el engranaje que diferencia entre función administrativa y de control fiscal. Al titular de esta última le entregó amplias facultades que le permiten, entre otras, requerir información, establecer responsabilidad, suspender funcionarios, trasladar pruebas a procesos disciplinarios y penales y sancionar, entre otras. También diseña un delicado mecanismo de selección de contralores, regula sus periodos y establece inhabilidades especiales. Todo ello forma parte de un mismo cuerpo que entiende que estos poderes solo pueden ser ejercidos si no interfieren en la función ejecutiva y esa es la forma en la que se garantiza la separación de poderes y los pesos y contrapesos necesarios para evitar *la dictadura de la Contraloría*.

Estas disposiciones expresamente consignadas a lo largo de la Carta, sumado a las consideraciones de la Asamblea Constituyente, han valido para que la Corte Constitucional haya decantado una línea jurisprudencial clara y definida que destaca la importancia de que el control se mantenga posterior y selectivo como garantía de los principios diseñados. Es así como en diferentes ocasiones en las que ha debido referirse a normas que de una u otra manera facultan a la Contraloría para que interfiera, así sea de forma indirecta, en la toma de decisiones administrativas, ha sido tajante en aclarar que tal intromisión viola la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos. Con base en ello, ha expulsado del ordenamiento competencias que amplían los poderes de este órgano dada la suplantación que se genera de la función administrativa y la excesiva concentración de poder en este órgano.

Estos elementos llevan a la conclusión innegable de que la característica de posterior y selectivo que tiene el control fiscal en el ordenamiento colombiano son elementos necesarios para la preservación de la separación de los poderes públicos y el sistema de pesos y contrapesos diseñado por la constitución de 1991. Esto convierte a esa característica en un pilar fundamental de la constitución que el Congreso no tiene competencia para cambiar pues, al hacerlo, cambia la Carta por otra. Pasa ahora a explicarse en qué consistió el cambio introducido por el Acto Legislativo que se manda (premisa menor) y la forma en la que aquel sustituye la premisa mayor.

**4. Premisa menor: el Acto Legislativo 04 de 2019 habilita a la Contraloría para que, además de las facultades ya asignadas, pueda**



**ejercer control fiscal preventivo y concomitante a través de la función de advertencia, con lo cual se le permite incidir en el ejercicio de la función administrativa y eliminar su autonomía mediante un acto que no tiene control**

Como fue explicado en la descripción de la metodología del juicio de sustitución, la premisa menor consiste en ese elemento que es introducido por la norma que se demanda y que será luego contrapuesto al eje estructural de la premisa mayor. En este caso la premisa menor está compuesta por: i) la reavivación de la posibilidad de que el control fiscal interfiera con el ejercicio de la función administrativa mediante el control preventivo y concomitante; ii) que dicha facultad se le suma a todas las que ya acumula la Contraloría; y iii) que su ejercicio se hace mediante un acto que carece de control por parte de otros entes. Como se explicará después, esto desdibuja la separación de poderes y el sistema de pesos y contra pesos. A continuación se muestra cómo se materializa cada elemento con el acto demandado.

#### **4.1. Injerencia en el ejercicio de la función administrativa mediante la función de advertencia del control preventivo y concomitante**

El primer elemento se encuentra consagrado en los incisos 2 y 3 del artículo 1 que modifica el artículo 267 constitucional. Estos expresamente señalan:

*El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.*

*El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde*

**NANCY GARCÓN VÁSQUEZ**  
NOTARIA SESENTA Y CINCO DE BOGOTÁ D.C.  
ENCARGADA

REGALADA  
AY CINCO DE

IVÁSQUEZ  
ASS  
ADA  
INCO

*exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.*

Esta norma incorpora la posibilidad de que, además del control fiscal posterior y selectivo, aquel también pueda ser ejercido de forma *preventiva y concomitante*. En esta norma el constituyente derivado entra en un esfuerzo consciente y evidente, por decir lo menos, de ocultar que la competencia introducida tiene un elevado riesgo de desconocer elementos estructurales de la Constitución. Ello ocurre con la reiteración de la fórmula de que “(...) *no implicará coadministración (...)*” y de que “(...) *tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos (...)*”

Sin perjuicio del intento de ocultar el verdadero cometido de la función que se asigna, la forma en la que se materializa su ejercicio hace innegable que se trata de una injerencia directa en la función administrativa. En efecto, el artículo 1 dice que el control “*se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos*” y más adelante agrega que “*se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público*”.

De manera más detallada, el artículo 2, que modifica el artículo 268 Superior, incluye la siguiente función específica de la Contraloría:

*13. Advertir a los servidores públicos y particulares que administren recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados.*

Esta competencia no deja margen de duda de la capacidad de incidir de manera previa en el ejercicio de la gestión fiscal. De manera clara e inequívoca habilita al ente de control para que emita advertencias en tiempo real que, además, serán públicas. Esto además lo hace con la intención expresa de que el gestor fiscal adecúe su comportamiento al concepto del contralor. Dada la claridad que tiene la norma al respecto no es necesario hacer mayores comentarios al respecto.

#### **4.2. El control preventivo y concomitante se suma a las demás facultades que ya acumula la Contraloría**

Arriba fue dicho que el nuevo poder no debe ser comprendido de manera aislada a las demás potestades constitucionales que ostenta la Contraloría. Así, además de ahora poder inferir de manera directa en la toma de decisiones administrativas mediante la función de advertencia, este ente control también tiene potestad para:

- i) Requerir información sin oponibilidad de reserva (inciso 4 del nuevo artículo 267).
- ii) Ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial (inciso 4 del nuevo artículo 267).
- iii) Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes públicos (numeral 4 del nuevo artículo 268).
- iv) Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación (numeral 5 del nuevo artículo 268).
- v) Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado (numeral 5 del nuevo artículo 268).
- vi) Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones fiscales, penales o disciplinarias contra quienes presuntamente hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (numeral 8 del nuevo artículo 268).
- vii) Exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos fiscales, penales o disciplinarios (numeral 8 del nuevo artículo 268).
- viii) Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial; y dirigir e implementar, con apoyo de la Auditoría General de la



República, el Sistema Nacional de Control Fiscal, para la unificación y estandarización de la vigilancia y control de la gestión fiscal. (numeral 12 del nuevo artículo 268).

ix) Intervenir en los casos excepcionales previstos por la ley en las funciones de vigilancia y control de competencia de las Contralorías Territoriales (numeral 14 del nuevo artículo 268).

x) Ejercer, directamente o a través de los servidores públicos de la entidad, las funciones de policía judicial que se requieran en ejercicio de la vigilancia y control fiscal en todas sus modalidades (numeral 16 del nuevo artículo 268).

xi) Imponer sanciones desde multa hasta suspensión a quienes omitan la obligación de suministrar información o impidan u obstaculicen el ejercicio de la vigilancia y control fiscal, o incumplan las obligaciones fiscales previstas en la ley. (numeral 17 del nuevo artículo 268).

xii) Aportar resultados de ejercicios de vigilancia y control fiscal, de indagaciones preliminares o los procesos de responsabilidad fiscal, con valor probatorio ante la Fiscalía o el juez competente (nuevo artículo 271)

Estos elementos lo que denotan es que la nueva modalidad de control preventivo y concomitante no ocurre respecto de un ente que carece de poderes para ejercer su función de control fiscal. Por el contrario, recae sobre una entidad que tiene todas las herramientas constitucionales para cumplir su misión de velar por la correcta utilización de los recursos públicos. Dotarla además de la posibilidad de incidir en la toma de decisiones de manera previa a que estas sean adoptadas solo porque en criterio de este ente podría llegar a existir un daño patrimonial, es en realidad sumarle la única cosa que no puede hacer.

#### **4.3. La función de advertencia previa carece de control por parte de otro órgano.**

Ordinariamente las decisiones que determinan la responsabilidad fiscal son susceptibles de ser controvertidas ante los jueces. Esto quedó expresamente consignado en el inciso 5 del nuevo artículo 267, así:



*El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley.*

No obstante, la función de advertencia en tiempo real consignada en los nuevos artículos 267 y 268 no tienen la característica de ser fallos de responsabilidad fiscal, en la medida en la que se limitan a expresar una opinión sobre la ocurrencia de un posible daño patrimonial. Tampoco son actos administrativos dado que no son la manifestación de la voluntad de la administración encaminada a producir efectos jurídicos. No obstante, sí son actos que tienen la potencialidad de encausar una decisión administrativa.

Entonces, no son fallos que pueda ser controvertidos mediante demanda contencioso administrativa y tampoco son actos susceptibles de vía gubernativa, pero sí unos que determinan las decisiones del gestor fiscal sin responsabilidad por los efectos que de ello se deriven.

#### **4.4. Conclusiones sobre la premisa menor**

Los tres aspectos que acaban de ser explicados conllevan a que el elemento introducido por los apartes demandados del Acto Legislativo 04 de 2019 consisten en la inclusión de una nueva competencia en cabeza de la Contraloría, adicional a los amplios poderes con los que ya cuenta, consistente en el ejercicio del control fiscal de manera preventiva y concomitante a través de la función de advertencia en tiempo real, la cual tiene la potencialidad de determinar el rumbo de la función administrativa a través de actos *sui generis* carentes de control por parte de otra entidad. Se verá ahora como este elemento rompe la separación de poderes entre la rama ejecutiva del poder público y la función de control fiscal, así como el sistema de pesos y contrapesos que aplica a este último, con lo cual se sustituye la Constitución en vez de modificarla.

**5. Juicio de sustitución: la inclusión del control fiscal preventivo y concomitante a través de la función de advertencia, adicional a todas las facultades que ya tiene la Contraloría, desconoce el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos de la Constitución de 1991 porque implica la suplantación de funciones administrativas, la eliminación de la autonomía en su ejercicio y la creación de acto sin control**

Como fue expuesto en el capítulo 2 de esta demanda, el juicio de sustitución supone, primero, identificar el pilar fundamental de la Constitución que se considera desconocido por la reforma constitucional objeto de estudio. Hecho esto, es necesario explicar el elemento introducido por dicha reforma en relación con la temática de lo primero. Finalmente, es necesario hacer una exposición de cómo ese elemento introducido desconoce, de manera concreta, el pilar fundamental identificado, lo cual corresponde al juicio de sustitución propiamente dicho.

Sobre el particular, se dijo que la Constitución colombiana tiene un elemento estructural que establece que el control fiscal debe ser ejercido de manera posterior y selectiva como garantía del respeto a los principios de separación de poderes y de pesos y contra pesos dispuestos por la Constitución de 1991. Para demostrar su existencia se hizo primero alusión a la manera en la que han sido entendidos en diferentes contextos, para lo cual se llegó a que estos suponen, como mínimo: i) la asignación de funciones diferenciadas a los órganos públicos para evitar la excesiva concentración de poder; ii) la autonomía en el cumplimiento de las competencias, en el sentido de que las autoridades estén exentas de injerencias externas; y iii) la existencia de controles a las actuaciones por parte de otros órganos, en especial los judiciales. Se dijo que la eliminación de alguno de estos elementos a través de una reforma constitucional supone un exceso en las competencias del Congreso.

Para el caso concreto de las funciones administrativa y de control fiscal, se dijo que era requisito necesario para salvaguardar los referidos principios el que este último mantuviera su carácter de ser posterior y selectivo. Para comprobar la existencia de esa premisa se hizo alusión a tres fuentes relevantes: i) las consideraciones de la Asamblea Nacional Constituyente que expusieron de manera tajante la necesidad de eliminar el control fiscal previo por los efectos altamente nocivos que tenía dicha injerencia en la función administrativa; ii) las diferentes disposiciones constitucionales que evidencian la distinción entre función administrativa y control fiscal, así como la necesidad de que sean ejercidas de manera autónoma e independiente; y iii) la jurisprudencia de la Corte Constitucional que en diferentes oportunidades ha destacado que la injerencia previa en las decisiones del gestor fiscal constituye una violación a los principios aludidos.

Seguido a ello, se dijo que el elemento introducido por el Acto Legislativo 04 de 2019 está compuesto, en esencia, por tres aspectos. Primero, la



habilitación a la Contraloría para que ejerza control fiscal preventivo y concomitante a través de la función de advertencia en tiempo real que, en la práctica, constituye una forma control previo. Segundo, que esta nueva competencia se suma a los amplios poderes con los que ya cuenta la Contraloría, como lo son dictar fallos de responsabilidad fiscal, imponer sanciones, requerir información sin oponibilidad de reserva, ejercer funciones de policía judicial, suspender funcionarios, entre otras. Y tres, se mostró que el acto de advertencia es un acto *sui generis* que, al no ser ni administrativo ni judicial, carece de control.

A partir de estos elementos, a continuación se explica cómo, para el caso de las funciones administrativa y de control fiscal, el elemento introducido por el Acto Legislativo 04 de 2019 elimina los componentes necesarios de la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos, lo cual implica una sustitución de la Carta.

**5.1. El Acto Legislativo 04 de 2019 desconoce la asignación de funciones diferenciadas entre los órganos de la administración y la Contraloría General de la República, lo cual implica una excesiva concentración de poder**

En el capítulo 3.2. de esta demanda se explicó cómo la Constitución del 91 había establecido una separación de poderes entre los órganos de la administración y la Contraloría General de la República. Así, se dijo que la Carta dispone que la primera es ejercida por el presidente de la República, las gobernaciones, alcaldías, superintendencias, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y por particulares que cumplen funciones públicas, entre otros. Por su parte, se dijo que la gestión fiscal que ejercen estas entidades cuenta con un control por parte de la Contraloría General y las territoriales, que consiste en la verificación posterior y selectiva de la salvaguarda del patrimonio público y la correcta ejecución de los recursos.

Teniendo en cuenta esto, se encuentra que la función de advertencia desconoce esta separación de funciones. En concreto, los incisos 2 y 3 del nuevo artículo 267 habilitan al ente de control fiscal para que, además del control posterior y selectivo, ejerza uno preventivo y concomitante mediante la función de advertencia pública y en tiempo real. Esta se desarrolla en el numeral 13 del nuevo artículo 268 que dispone que dicha competencia consiste en “advertir a los servidores públicos y particulares que administren

recursos públicos de la existencia de un riesgo inminente en operaciones o procesos en ejecución, con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados”.

Sobre esta facultad, lo primero que hay que rescatar es que mediante sentencia C-105 de 2015 la Corte Constitucional reconoció expresamente que la función de advertencia se encuentra en cabeza de las oficinas de control interno de las entidades de la administración. En efecto, en la cita que fue traída a esta demanda, se lee:

*La Sala considera que la modalidad de control fiscal previo representada en la función de advertencia constituye una afectación innecesaria de los principios constitucionales que, para salvaguardar la autonomía e independencia de la Contraloría, establecen el carácter posterior del control externo y la prohibición de coadministración. El propio constituyente dispuso de otros mecanismos que, sin comprometer los mencionados límites, **permiten alcanzar las finalidades constitucionales perseguidas con el control de advertencia previsto en la norma acusada. Se trata de los dispositivos de control fiscal interno que, según lo previsto en los artículos 209 y 269 superiores, están obligadas a implementar las entidades públicas.*** (negrilla propia)

A partir de ello, es claro que, al asignarse también la función de advertencia a la Contraloría, se desdibuja la distinción de funciones entre ambos órganos. Adicionalmente, al sumarse esta a las demás facultades que ya tiene la entidad, se configura una excesiva concentración de poder en la medida en la que puede, no solo controlar los actos ya ejecutados, sino también los que se encuentra en ejecución, cosa que es función de las oficinas de control interno. Esto implica la sumatoria de funciones de control fiscal y de administración en cabeza de la Contraloría, lo cual es contrario a la separación de poderes.

**5.2. Desaparece la autonomía en el cumplimiento de las competencias administrativas dado que la Contraloría tiene la capacidad de incidir de manera directa en la toma de decisiones**

En estrecha relación con lo anterior, se tiene que la función de advertencia también elimina la autonomía de los órganos de la rama ejecutiva en el cumplimiento de sus funciones. Ello se desprende de que el recibimiento de una advertencia por parte de quien tiene la capacidad posterior de declarar responsabilidad, imponer sanción o decretar una suspensión, de manera obvia condiciona el rumbo de la operación que se desarrolla.

Como un ejemplo concreto, que de hecho ya fue estudiado por la Corte, se puede ver el adelantamiento de un proceso de contratación pública. En ese caso una entidad especializada, en virtud del principio de planeación, adelanta un proceso donde identifica una necesidad y diseña la mejor manera de solucionarla. Para ello elabora estudios previos y pliegos de condiciones, recibe observaciones y hace ajustes a los anteriores, todo lo cual ocurre de manera pública y bajo la supervisión de las oficinas de control interno. No obstante, en el transcurso del proceso la Contraloría de manera autónoma y bajo el criterio de una entidad técnica en otra tema, emite una advertencia *“con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados”*.

Sumado a ello, ese acto es emitido por quien luego tiene la facultad de sancionar a ese mismo funcionario que es destinatario de la advertencia. Sin necesidad de hacer un mayor análisis, es innegable que la recepción de tal mensaje condiciona de manera directa la actuación del gestor y la encausa al querer del Contralor. Así, a pesar de que la entidad ejecutiva adelantó un riguroso proceso para garantizar la prestación de un servicio público, de manera repentina debe modificar el rumbo, sin importar si la opinión de control fiscal previo y concomitante sea errada o acertada.

Piénsese igualmente en una empresa de servicios públicos de capital mixto que debe participar en un mercado en competencia. Esta estructura sus planes de negocio, contrata personal altamente capacitado, realiza inversiones en mercados de valores, etcétera, y de pronto tiene que ajustar su operación a partir de una advertencia realizada por la Contraloría que, en su sentir, avizora la ocurrencia de un daño patrimonial del Estado. Una situación como esta, sin duda, acaba con esta modalidad de prestación de servicios públicos habilitada por el artículo 269 Superior.

Los ejemplos dados evidencian que no existe autonomía alguna por parte del gestor fiscal en el nuevo modelo de control preventivo y concomitante cuando quien será su juez tiene la posibilidad de opinar sobre su trabajo.



Lo que ocurre, en realidad, es que la Contraloría se vuelve ahora juez y parte en los procesos y operaciones administrativas

En este punto vale la pena hacer un comentario sobre el juego de palabras contenido en los incisos 2 y 3 del nuevo artículo 267 en el sentido de que “El control preventivo y concomitante no implicará coadministración” y que “tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos”. Es evidente que al plasmar tal aclaración en el texto constitucional de ninguna manera se elimina la naturaleza que tiene una advertencia. Ello se ratifica desde el mismo texto de la reforma que dice que tal acto está concebido “con el fin de prevenir la ocurrencia de un daño, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer control sobre los hechos así identificados”.

Como digo una cosa digo la otra. Es contradictorio decir que la advertencia no es vinculante, no implica coadministración ni versará sobre la convivencia de una decisión, pero al mismo tiempo digo que previene la ocurrencia de un daño y se hace para que el gestor adopte medidas encaminadas a evitarlo. Esto, dicho por quien luego tiene competencia para declarar a ese mismo funcionario como responsable fiscal. Si esto no es la abolición de la autonomía administrativa nada lo es.

### **5.3. El acto de advertencia de la Contraloría, a pesar de que puede incidir en la función administrativa, carece de controles**

Dos cosas están claras: i) con el control previo y concomitante la Contraloría asume como propia una función asignada por la Constitución a las entidades administrativas a través de sus oficinas de control interno; y ii) la función de advertencia tiene una injerencia directa en la toma de decisiones de los gestores fiscales. Ahora, estas dos situaciones ocurren mediante la expedición de un acto que carece de control por parte de otros órganos.

Según fue explicado en el aparte 4.3 de esta demanda, aquel acto consiste en un tipo *sui generis* que no es administrativo, en tanto no es la voluntad de la administración encaminada a producir efectos jurídicos y por tanto no es susceptible de vía gubernativa, pero tampoco es un fallo de responsabilidad fiscal que podría ser demandado ante lo contencioso administrativo. Se trata de un acto que incide en la gestión fiscal pero que

nadie controla si no, a lo sumo, la misma entidad que lo emitió al momento de enjuiciar al gestor.

Piénsese en el ejemplo en el que un funcionario decide modificar un proceso en curso por cuenta de una advertencia de control preventivo realizada por la Contraloría. Piénsese que en ese caso igual se termina produciendo un daño patrimonial al Estado. En este escenario la actividad habría sido determinada por el controlador, pero quien sigue siendo responsable por el daño es el gestor. Es claro que ante la recepción de una advertencia el administrador está en una situación sin salida en la que, si no la cumple y se produce el daño, es responsable; pero si la cumple e igual se produce el daño porque el controlador estaba equivocado, el gestor sigue siendo el responsable. En el entretanto, el controlador fiscal puede hacer advertencias acertadas o equivocadas de manera impune y sin posibilidad de ser controvertido ni declarado responsable.

## 6. Conclusiones y pretensión.

La Constitución tiene un pilar fundamental compuesto por el principio de separación de poderes y la existencia de un sistema de pesos y contra pesos que, de forma general, consiste, como mínimo, en: i) la asignación de funciones diferenciadas a los órganos públicos para evitar la excesiva acumulación de poder; ii) la autonomía en el cumplimiento de las competencias de cada uno y la abolición de injerencias externas; y iii) la existencia de controles a las actuaciones por parte de otros órganos, en especial los judiciales.

Estos elementos se articulan de diferentes maneras dependiendo de la materia de que se trate. Para el caso de las funciones administrativa, ejercida principalmente por los órganos que componen la rama ejecutiva, y la de control fiscal, ejercida por las contralorías, existe un elemento necesario para garantizar dichos principios que es que el control sea ejercido de forma posterior y selectiva. De esta forma, se dice que la Constitución de 1991 tiene un pilar fundamental consistente en el modelo de control fiscal posterior y selectivo como garantía del principio de separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos. Ello se desprende de las discusiones dadas por la Asamblea Nacional Constituyente, de diferentes artículos constitucionales y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

El acto legislativo 04 de 2019 habilita a la Contraloría para que, además de las funciones ya asignadas, pueda ejercer control fiscal preventivo y concomitante a través de la función de advertencia en tiempo real, con lo cual se le permite incidir en el ejercicio de la función administrativa mediante un acto que no tiene control.

Al analizar la posibilidad de coexistencia del pilar enunciado (premisa mayor) con la modificación introducida por la norma que se demanda (premisa menor) se evidencia que existe un desconocimiento irreconciliable de la segunda sobre la primera. En efecto, la reforma: i) elimina la diferenciación de funciones entre administración y Contraloría a través de la suplantación del control previo por parte de esta última, con lo cual se genera una excesiva concentración de poder; ii) elimina la autonomía en la gestión fiscal en la medida en la que habilita la función de advertencia preventiva y concomitante por parte del mismo órgano que luego podrá responsabilizar fiscalmente al destinatario de dicha advertencia; y iii) permite que lo anterior ocurra mediante un acto *sui generis* que no es susceptible de ser controlado por ningún otro órgano. Estos aspectos hacen que se trate de una sustitución constitucional y no de una reforma.

Así, dado que el Congreso no tiene competencia para cambiar los pilares esenciales de la Carta de manera respetuosa solicitamos a la honorable Corte Constitucional que declare inexecutable los apartes demandados de los artículos 1 y 2 del acto legislativo 04 de 2019. No obstante, dado que el control fiscal preventivo y concomitante no debe ser visto de manera aislada sino en conjunto con los demás poderes que tiene la Contraloría, solicitamos que, de considerarlo adecuado por la Corte, se realice un estudio integral del Acto Legislativo.

## 7. Notificaciones

Recibiremos notificaciones en la Carrera 5 # 66-29 de Bogotá.

De los Honorables Magistrados,

**Mauricio Pava Lugo**

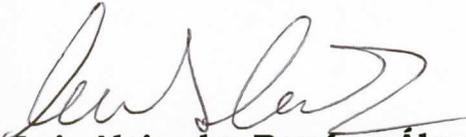
C.C. 75.074.185

T.P. 95.785

CONSULADO GENERAL DE COLOMBIA  
BARCELONA - ESPAÑA  
RECONOCIMIENTO DE FIRMA  
REC. DE FIRMA EN DOCUMENTO PRIVADO

En la ciudad de BARCELONA el 07 noviembre 2019 12:20 PM compareció ante el cónsul: LUIS ALEJANDRO RAMÍREZ ALVAREZ identificado(a) con CÉDULA DE CIUDADANÍA 81717376, BOGOTÁ D.C. - CUNDINAMARCA, quien manifestó que la firma y huella que aparece en el presente documento son suyas y que asume el contenido del mismo. Con destino a: COLOMBIA.

El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, no asume responsabilidad por el contenido del documento.

  
**Luis Alejandro Ramírez Álvarez**  
C.C. 81.717.376  
T.P. 185.084



Firma del Interesado  
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE COLOMBIA  
MARIA DEL TRANSITO BELLO TORRES  
CONSUL  
Firmado Digitalmente

D2-INDICE DERECHO  
Cotejo exitoso RNEC

Derechos EUR 26,00  
FONDO ROTATORIO EUR 17,00  
TIMBRE EUR 9,00  
Fecha de Expedición: 07 noviembre 2019





Impresión No.: 1

La autenticidad de este documento puede ser verificada en: <http://verificacion.cancilleria.gov.co>  
Código de Verificación: FDTLH62025895



  
**NANCY GARZÓN VÁSQUEZ**  
NOTARIA SESENTA Y CINCO CALLES BOGOTÁ D.C.

DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL DE ABOGADO  
Y RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO FIRMA Y HUELLA

El anterior escrito dirigido a Honorables Magistrados Corte Constitucional

Fue presentado personalmente ante el suscrito Notario  
SeSENTA Y CINCO de Bogotá por el Doctor Francisco

Para Lugo  
Quien se identificó con el No. 75074185  
Garzales y TP No. 95785

Y además declaró que el contenido del anterior  
documento es cierto y que la firma que lo autoriza fue  
puesta por el(ella) El(ia) compareciente imprime  
huella dactilar de su índice Después  
En constancia se firma en Bogotá, D.C

*[Handwritten signature]*

Fecha 15 NOV 2019

15 NOV 2019  
NOTARIO SESENTA Y CINCO

