

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO N° 355

“Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

**Artículo 1.** El artículo 116 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

*“Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

*El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.*

*La Contraloría General de la República, las Contralorías Territoriales y la Auditoría General de la República, ejercerán función jurisdiccional para la determinación de la responsabilidad fiscal, en los términos que defina la Ley.*

*Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.*

*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

**Artículo 2.** El Artículo 267 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

*“Artículo 267. 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 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, con prevalencia de aquella sobre estas.*

*El control fiscal podrá ser concomitante y preventivo o posterior y selectivo, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.*

El control concomitante será de naturaleza preventiva y no implica el ejercicio de coadministración.

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. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. Ejercerá funciones jurisdiccionales en las materias que determine la ley. 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 treinta y cinco 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."

**Artículo 3.** 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; así como imponer las sanciones pertinentes cuando no cumplan lo prescrito en la ley y los reglamentos expedidos por el Contralor General de la República en relación con el registro contable o cuando impidan u obstaculicen el cumplimiento de sus funciones.*
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 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, para lo cual tendrá prelación. El trámite y decisiones del proceso de responsabilidad fiscal tendrá carácter jurisdiccional.*
6. *Evaluar 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 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. Este tampoco podrá designar a ningún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los magistrados de la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura, Consejo Nacional Electoral, del Procurador General de la*

Nación, del Fiscal General de la Nación, ni el Auditor General de la República.

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, e implementar, en coordinación con la Auditoría General de la República, un Sistema Nacional de Control Fiscal, para la unificación y estandarización de la vigilancia 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, a fin de que el gestor fiscal adopte las medidas que considere procedentes para evitar que se materialice o se extienda, y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados.


14. Intervenir, en el marco de la función de vigilancia y control fiscal, cuando una contraloría territorial requiera apoyo técnico, se tenga evidencia de falta de imparcialidad y objetividad, o lo solicite 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, o la propia contraloría territorial. La ley reglamentará la materia.

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 desarrollo del control fiscal.

17. Las demás que señale la ley.

Parágrafo transitorio. La Ley determinará la ampliación de la planta de personal y la modificación de la estructura orgánica de la Contraloría General de la República, con ocasión del presente acto legislativo, garantizando la estabilidad laboral, los derechos de carrera y prestacionales de sus empleados inscritos en el registro de carrera administrativa. Se garantizará la estabilidad y continuidad laboral de los funcionarios de las Contralorías Territoriales en la Contraloría General de la República como resultado de procesos de intervención. Así mismo, el Congreso de la República expedirá con criterios unificados una ley que garantice la autonomía presupuestal, la sostenibilidad financiera y administrativa de los organismos de control fiscal."



**Artículo 4.** El artículo 272 de la Constitución Política quedará así:

**“Artículo 272.** La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas en forma concurrente con la Contraloría General de la República. La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

*Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.*

*Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268.*

*Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso. Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.*

*Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.*

*No 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.*

*Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.”.*

**Artículo 5.** El artículo 274 de la Constitución Política quedará así:

**“Artículo 274.** La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales se ejercerá por el Auditor General de la República, elegido mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los

1

*Junta Felipe Lozada*

principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Contralor General de la República.

La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal."

**Artículo 6. Vigencia.** El presente Acto Legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Germán Blanco Alvarez

*[Signature]*  
SANTI VICENTE

*[Signature]*  
KARINA LOJA

*[Signature]*  
FORBIO ANIN

*[Signature]*  
DANIEL BARRERA

*[Signature]*  
Gabriel Santos.

*[Signature]*  
Gabriel Vallejo Chyfi

*[Signature]*  
Eliquis Cubelos G

*[Signature]*  
Santiago Tabares G.

*[Signature]*  
1985-1-14-1985

*[Signature]*  
Miguel Angel Parro H

*[Signature]*  
Luis de las Casas

*[Signature]*  
Felix A. Alvarez

*[Signature]*  
Alfonso Quiroga

*[Signature]*  
P. Paul

*[Signature]*  
HAROLDO BONTAPANEZ

*[Signature]*  
Jose Daniel Lopez

*[Signature]*  
Kelynn Gonzalez

*[Signature]*  
RC. FABER MENDOZA

*[Signature]*  
Armando Fabrazin

*[Signature]*  
JOSÉ MENDOZA HERNÁNDEZ

Proyecto de Acto Legislativo No. 355

**“Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”**

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El presente proyecto de acto legislativo contiene la propuesta de reforma constitucional del control fiscal elaborada por la Contraloría General de la República, la cual responde a la demanda de la sociedad colombiana por mejorar los niveles de desempeño de los órganos de control fiscal en términos de eficiencia y oportunidad, para lo cual se proponen los ajustes institucionales necesarios para articular los distintos niveles de control e implementar un sistema nacional de control fiscal, al tiempo que se redefinen las competencias de las contralorías y se les atribuye funciones jurisdiccionales para determinar la responsabilidad fiscal.

La exposición de motivos del proyecto de acto legislativo se desarrolla en tres aspectos: (i) la inclusión de un nuevo modelo de control fiscal: el control fiscal concomitante y preventivo, complementario al control posterior y selectivo; (ii) la unificación de competencias de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales; (iii) la asignación de funciones jurisdiccionales a la Contraloría General de la República para la determinación de la responsabilidad fiscal y el fortalecimiento del proceso de cobro coactivo.

**Introducción**

El control fiscal tiene una gran connotación social, económica y política en un Estado social y democrático de derecho, como garante de la finalidad programática de los recursos públicos y la efectiva realización de los derechos de la población, lo cual redundaría en el incremento de la legitimidad institucional y en un adecuado balance de pesos y contrapesos en el ejercicio del poder público.

De allí la importancia del control al gasto público y a la administración de los recursos, pues la optimización de estos hace parte integral y razón de ser del Estado moderno. En ese propósito, el control fiscal ha sido organizado de distinta manera y su consagración normativa y los sistemas de control utilizados también ha sido diversa.

Las diferencias entre uno u otro modelo de control tienen justificación en la sociedad misma, el grado de desarrollo social, económico, industrial e incluso técnico y tecnológico, así como las formas de gobierno y la estructura del Estado. Así mismo, las características propias de cada modelo de control fiscal se enmarcan en las

realidades socio-políticas de cada nación y de su aparato gubernamental, sus deficiencias, obstáculos y prioridades.

Colombia heredó en primera instancia, los sistemas de control coloniales, así es como tuvieron lugar en su momento el Tribunal de la Real Audiencia de Santo Domingo de 1511 y el Tribunal de Cuentas de Santa Fe de Bogotá, creado en 1604 por iniciativa del entonces rey de España Felipe III.

Ya en la etapa republicana (como nación independiente) tuvieron lugar la Contaduría General de Hacienda, la Corte de Cuentas y la Oficina General de Cuentas, con facultades que iban desde examinar y fenecer las cuentas hasta el ejercicio de jurisdicción coactiva. El control fiscal que tenía lugar se caracterizaba por la formalidad, el examen de cuentas y la revisión técnico-numérica.

El control fiscal tuvo una primera transformación con ocasión de la denominada misión Kemmerer, que formuló una serie de cuestionamientos sobre la Corte de Cuentas, las cuales llevaron a la creación del Banco de la República, la reorientación de la contabilidad de la nación y la creación del Departamento de Contraloría, mediante la Ley 42 de 1923.

En el marco de lo fiscal cobró importancia la creación de un departamento administrativo especializado para el tema del control fiscal y las facultades atribuidas a este fueron *"aumentando y especializando"* en los años venideros, de las cuales destacamos: (i) prescribir los métodos de la contabilidad de la Administración Nacional y sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales; (ii) exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal; y (iii) revisar y fenecer las cuentas de los responsables del Erario.

Otro hito en la historia del control fiscal lo constituyó la Ley 20 de 1975, mediante la cual se definió el objeto y alcance de los sistemas de control utilizados por la Contraloría hasta entonces: "control previo", "control perceptivo" y "control posterior"<sup>1</sup>. En esta ley se hizo un primer acercamiento al control posterior; sin embargo, el mismo era restrictivo. Al respecto, la Corte Constitucional con suma claridad señaló:

*"El control fiscal previo, ejercido desde entonces por el Departamento de Contraloría -que en 1945 recibió estatus constitucional al ser incorporado como Contraloría General de la República a la Carta Política-, seguiría implementándose"*

<sup>1</sup> La Ley 20 de 1975, Por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal, en el artículo 3 establece: "La Contraloría General de la República, aplicará sobre las dependencias incluidas en el Presupuesto Nacional, los sistemas de control fiscal que ha venido empleando dentro de sus etapas integradas de "Control Previo", "Control Perceptivo" y "Control Posterior". El control de estas dependencias administrativas será ejercido por los auditores fiscales o por funcionarios designados por el Contralor, directamente sobre caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando".



*en el país hasta recibir plena consagración en la Ley 20 de 1975, promulgada bajo el gobierno de Alfonso López Michelsen con el fin de moralizar la Administración Pública. La consolidación del control previo y preceptivo -unido a un control posterior de carácter restringido- constituiría una de las reformas más importantes al esquema de control fiscal en Colombia, pues aumentaría la facultad del organismo para fiscalizar a entes públicos y privados garantizando la correcta ejecución de los gastos del tesoro Nacional<sup>2</sup>.*

Las características fundamentales del control previo estaban descritas en el artículo 2° del Decreto 925 de 1976 en el cual se enunciaba: "El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos". (Subrayado por fuera de texto).

Así mismo, las características del sistema quedan expuestas en el articulado de dicho decreto y en la mencionada Ley 20 de 1975, como por ejemplo la potestad del Contralor de no autorizar el pago de un contrato administrativo bajo ciertas circunstancias (artículo 9°).

Entre las ventajas de este modelo de control, que precavía y prevenía la comisión de irregularidades en la ejecución y manejo de los bienes públicos, se resalta que dicho modelo tendía:

*"...a prevenir y evitar que se realicen operaciones ilegales o fuera de los límites de las autorizaciones, de que goce el administrador, y por ese aspecto representa la máxima aspiración en materia de fiscalización, pues el control perfecto sería aquel que obtuviera que el reconocimiento y la liquidación de las rentas e impuestos fueran revisados y aprobados por la entidad fiscalizadora antes o en el momento mismo del ingreso de los fondos a las arcas del erario, y el que consiguiera que el reconocimiento, la liquidación y la comprobación de las erogaciones públicas fueran revisadas y aprobadas por el fiscalizador antes de que salgan los dineros de las cajas públicas"<sup>3</sup>.*

En conclusión, resulta evidente que el control fiscal previo, ejercido por la Contraloría General de la República con anterioridad a la Constitución de 1991, tenía por finalidad realizar los actos de control antes de que tuviese lugar el gasto público y con esto la administración del recurso público.

Así pues, una de sus funciones se constituía en la verificación anticipada del

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-716 de 2002. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 598 de 2000. MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil dos (2002).

<sup>3</sup> Lascarro, Leopoldo "Administración Financiera y el Control Fiscal", citado por Abel Cruz Santos, "el presupuesto colombiano", Editorial Temis, 1963, pág., 245. Citado a su vez por Diego Younes Moreno, Régimen del Control Fiscal y del Control Interno. Editorial Legis, tercera edición, Bogotá, 1998, Pág. 192

cumplimiento de normas y requisitos por parte de las entidades sometidas a su vigilancia, esto es, previo a la ejecución o actuación de la administración. No obstante, las ventajas antes referidas e incluso destacadas por diferentes tratadistas y recogidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el modelo de “control previo” fue objeto de críticas.

La Corte Constitucional enunció las principales quejas así:

- (i) 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;*
- (ii) el ejercicio del control previo, pese a sus connotaciones administrativas, no implicaba responsabilidad administrativa alguna para la Contraloría y además comprometía la necesaria independencia y autonomía del ente fiscalizador;*
- (iii) paradójicamente, se consideraba que dicho sistema constituía un foco de corrupción<sup>4</sup>.*

Este contexto sumado al momento histórico en el que se centraron dichas críticas, condujo a que en la Constitución Política de 1991 se incorporara un nuevo modelo de control fiscal que tuviese por objeto no solo la vigilancia de la gestión fiscal sino sobre todo el control de resultado de la administración<sup>5</sup>; es decir, la fiscalización tendría un enfoque evaluativo de la gestión. Para ese fin, a la autoridad pública encargada de esa función se le otorgó el carácter de órgano de control autónomo e independiente de las tres ramas del poder público y taxativamente se indicó que ese control sería posterior y selectivo, alejado de las malas prácticas que el modelo de control previo había dejado, con la esperanza de que los ciudadanos pudieran evaluar los resultados del ejercicio de las administraciones y el manejo de los recursos.

Así, la Constitución Política en su artículo 267 estableció:

*“...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.*

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-103 de 2015. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 7<sup>o</sup> 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”. MP: María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil quince (2015).

<sup>5</sup> Artículo 119 de la Constitución Política de 1991

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. (Subrayado por fuera de texto).

El nuevo modelo se constituyó entonces a partir de establecer el contrario u opuesto conceptual al "control previo y universal", y se fundó en los conceptos de "posterioridad" y "selectividad", resolviendo las críticas dirigidas a la denominada "intromisión" del órgano fiscal en la ejecución del recurso y gasto público, lo cual conllevaba necesariamente a una forma de coadministración.

Es así como la Ley 42 de 1993 en su artículo 5°, estableció de forma diáfana las características del control posterior y selectivo:

*"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".* (Subrayado agregado).

El cambio introducido fue radical, toda vez que delimitó el ejercicio del control fiscal a un momento posterior a la administración de los recursos, bajo un criterio selectivo y con un espectro amplio, esto es, que no se reduce a lo contable o numérico, sino que abarca la gestión y los resultados, introduciendo análisis en principios jurídico-políticos, tales como la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Esto implicó un **cambio de paradigma pasando de una mera revisión financiera o contable del gasto público y la administración del patrimonio estatal a un control integral**, el cual pretendía abarcar la eficiencia y economía del gasto público, así como la consecución de resultados y la efectiva satisfacción de necesidades a través de este y la administración del patrimonio público. A nivel legal, la materialización de esta nueva concepción constitucional del control fiscal se ve reflejada en la Ley 42 de 1993, artículo 8°, que señaló los principios de la vigilancia fiscal<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> La Ley 42 de 1993, artículo 8, preceptúa: "La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas.

Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos."

El salto cualitativo del control fiscal conllevó a que pasara de ser formalista y contable a ser además un control orientado en gestión y resultados, lo que implica evaluaciones respecto de la necesidad del gasto o la indebida administración de los recursos; aunque de forma posterior a la ejecución del patrimonio público por parte de la administración.

El artículo 9° de la precitada ley, en concordancia con el modelo constitucional, indicó los sistemas de control que podría utilizar la Contraloría, así:

*"...Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes.*

*Parágrafo. - Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial..."* (Subrayado por fuera de texto).

Como se observa, el legislador otorgó amplias facultades a la Contraloría General de la República para determinar los sistemas y procedimientos de control aplicables para la vigilancia de la gestión fiscal, en concordancia con las atribuciones conferidas por el artículo 268 superior, numerales 1 y 12, para expedir la reglamentación necesaria sobre la rendición de la cuenta, los criterios técnicos de evaluación y la armonización procedimental con las contralorías territoriales.

Ahora bien, la aplicación de los sistemas de control puede conducir a la detección de daños al patrimonio público; en tal caso, procede el segundo momento del control fiscal relativo a la determinación de la responsabilidad fiscal, para lo cual se expidió la Ley 610 de 2000, que introdujo un nuevo esquema procesal mucho más complejo y estructurado con respecto al establecido en la Ley 42 de 1993, de manera que las instituciones jurídicas de la responsabilidad fiscal fueron definidas de forma más precisa y se plasmaron los lineamientos jurisprudenciales para garantizar el debido proceso administrativo.

De lo reseñado se concluye que si bien el régimen constitucional y legal del control fiscal ha tenido mejoras significativas, la restricción competencial de la "posterioridad" requiere ser atenuada, con miras a complementar su función, desde la óptica de la vigilancia fiscal<sup>7</sup>.

Recordemos, pues, que en el modelo actual el control fiscal se lleva a cabo en dos

<sup>7</sup> La Corte Constitucional en Sentencia C-103 de 2015, fundamentos jurídicos 49 y 50, aceptó la tesis de la Contraloría General de la República en el sentido que el control fiscal puede ser comprendido en sus categorías de vigilancia fiscal y control fiscal, en sentido estricto. Así, halló ajustada a la Carta Política la función de vigilar, esto es de observar atenta y permanentemente la manera como son gestionados los recursos públicos, aunque precisó que: "si bien la Constitución faculta a la Contraloría puede (sic) observar atentamente a las entidades sometidas a control mientras estas ejecutan sus procesos y adopten sus decisiones, aquella no debe anticiparse ni inmiscuirse en unos y otras, sino que ha de permanecer un paso atrás, para vigilarlas a prudente distancia y con ello respetar el carácter a posteriori de su actuación y salvaguardar la necesaria autonomía del ente de control."

grandes fases<sup>8</sup>: (i) la primera de ellas la vigilancia fiscal a nivel micro o proceso auditor, consistente en la revisión al gasto de una vigencia en concreto, bajo criterios que permiten, en principio, la detección de los casos más relevantes a través de los mecanismos de selectividad y (ii) la segunda fase que es el proceso de responsabilidad fiscal o juzgamiento para determinar la responsabilidad de los presuntos autores del daño.

La propuesta plantea la adaptación del modelo de fiscalización a los cambios en la gerencia pública asociados a la disponibilidad y acceso a grandes fuentes de información y las inmensas posibilidades que ofrece su procesamiento y análisis, con apoyo en las tecnologías de la información y las comunicaciones.

La inclusión en el texto constitucional del modelo de control que hemos denominado "*concomitante y preventivo*", complementario del posterior y selectivo, permitirá superar los obstáculos que se presentan para que la vigilancia de la gestión fiscal en tiempo real sea efectiva, con el objetivo de hacer seguimiento a las fuentes y usos del recurso público, buscando la defensa y protección del patrimonio del Estado.

Igualmente, se incorporará la función de advertencia, como herramienta del nuevo control preventivo y concomitante, y la función de intervención para el mejoramiento del control fiscal territorial, lo que se articulará con un procedimiento de declaración de responsabilidad fiscal robustecido.

Con estas nuevas herramientas se busca facilitar a los entes de control fiscal la posibilidad de cumplir su mandato constitucional, combatir la corrupción y generar espacios para la renovación institucional y el fortalecimiento de su legitimidad.

## **I. EL CONTROL FISCAL CONCOMITANTE Y PREVENTIVO, COMPLEMENTARIO AL CONTROL POSTERIOR Y SELECTIVO**

Las exigencias sociales requieren la adaptación de las instituciones de control fiscal a las nuevas realidades de la administración de los recursos, que permitan mitigar las dificultades que actualmente se presentan para cumplir su objeto principal, esto es, la protección del recurso público en el marco de la lucha contra la corrupción.

Una de las mayores críticas a las que se ha enfrentado el actual sistema, corresponde a que el ente de control solo actúa después de la ocurrencia del daño; es decir, cuando este se ha materializado, lo que implica en muchas ocasiones que, en contratos o ejecuciones plurianuales, el ente de control deba permanecer inerte,

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta sentencia la Corte declaró exequibles algunos apartes del artículo 37 de la Ley 42 de 1993, que asignan al Contralor General de la República, las funciones de consolidar la ejecución del presupuesto general del sector público, incluyendo los presupuestos de los particulares o entidades que manejan fondos de la Nación.

mientras el daño al patrimonio tiene lugar y se consolida.

Esto se ha transformado en una verdadera barrera para la efectiva protección del patrimonio público, fin último de los entes de control fiscal; pues son innumerables los casos en los que el daño al patrimonio público resulta previsible e inminente; sin embargo, como la consolidación o materialización de este, en términos jurídicos y económicos aún no ocurre, no es procedente la actuación de los organismos de fiscalización.

Para superar ese estado de cosas, el legislador extraordinario incluyó dentro de las funciones de la Contraloría, previstas en el artículo 5 del Decreto 267 de 2000, la de advertir sobre el riesgo que se cernía sobre el erario. Pese a su plausible finalidad, la función de advertencia fue declarada inexecutable. Al respecto, la Corte Constitucional consideró:

*“...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 prevé 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”.*  
(Subrayado por fuera de texto)<sup>9</sup>.

Por ello, se propone fortalecer a las Contralorías en su rol de auditoría, retroalimentado y revitalizado por el nuevo modelo concomitante y preventivo, conservando la posterioridad del control en aras de la evaluación de gestión y resultados.

### **1.1. Control concomitante y preventivo**

Como se expuso, los modelos aplicados en Colombia se han caracterizado por una dualidad conceptual construida a partir de la relación consustancial de dos aspectos del control, históricamente considerados: el control *previo y universal*, y luego, el control *posterior y selectivo*. Esta relación conceptual tiene fundamento en la dualidad **momento y forma**; el concepto de momento se refiere al lapso que media entre la administración del recurso y el ejercicio del control sobre esta, es decir, responde a la pregunta: ¿cuándo se realiza el control con referencia a la actividad de la administración?

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015 MP: María Victoria Calle Correa. Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil quince (2015).

En cuanto a la forma del control, este concepto alude a la cuestión del universo objeto de control (universo entendido en términos de cantidad). El modelo anterior indicaba que el objeto del control por parte del ente fiscalizador era toda la actividad de la administración, puesto que la revisión y vigilancia del contralor era incluso requisito previo para la ejecución de la administración. En contraste, el actual modelo constitucional opera sobre la posterioridad y selectividad; es decir, su oportunidad es posterior a la administración y se realiza en forma selectiva. La selección consiste en una muestra representativa del universo, a partir de la cual se obtienen conclusiones sobre las condiciones de este. El carácter posterior implica que los actos de gestión fiscal ya han sido ejecutados, de manera que tanto la administración como el control son independientes.

Al observar las virtudes y carencias de ambos modelos, es preciso reconocer que mientras el anterior entorpecía el ejercicio de la administración, el actual modelo se queda corto en la real y efectiva protección del patrimonio público, porque por sus límites competenciales puede actuar única y exclusivamente cuando los procesos administrativos se han ejecutado, lo que muchas veces equivale a decir: cuando el daño se ha consumado. Situación que pone de presente la necesidad de complementar y fortalecer el actual modelo constitucional.

Entonces, ¿Qué representa el modelo propuesto? Es la respuesta a las problemáticas asociadas a las nuevas dinámicas de la gerencia pública y al reclamo de la sociedad que exigen a las contralorías actuar en tiempo real, esto es, que su control y vigilancia se dé en términos de efectividad y protección oportuna del patrimonio desde el momento en que el riesgo surge.

Se requiere, sin duda, que la Contraloría responda eficientemente a la ciudadanía, a sus quejas y denuncias, pero no únicamente bajo el prisma de la posterioridad, sino que también responda a los ciudadanos sobre aquellos daños que son evidentes o cuya materialización es perfectamente predecible. Afianzar la confianza de la ciudadanía pasa por brindar a los entes de control la posibilidad de actuar una vez se avizora el daño, cuando el ciudadano lo advierte y lo denuncia y no únicamente cuando éste se ha consolidado.

Resulta entonces impostergable modificar el modelo constitucional de control fiscal, de manera que no impida la actuación del ente de control, frustrando la expectativa ciudadana bajo el tecnicismo de la posterioridad y creando la percepción de complicidad del órgano de control con las entidades ejecutoras de recursos en la configuración y materialización del daño.

No obstante, la Contraloría General de la República viene realizando esfuerzos ingentes con las limitaciones que impone el actual sistema, de ello da cuenta el Informe de Resultados en Control Fiscal Micro de las denuncias formuladas ante el

órgano de control fiscal durante la vigencia 2016<sup>10</sup>, el cual señala por ejemplo que de 1.198 derechos de petición con respuestas de fondo, 213 contenían información que llevaron a confirmar presuntas irregularidades, es decir el 18% del total atendido, lo que denota la importancia del componente de Participación Ciudadana para el ejercicio que se propone.

En ese sentido, debemos llamar la atención que con la introducción del nuevo parámetro de control “*concomitante y preventivo*”, la ciudadanía jugará un papel protagónico en la prevención del daño, a través de las distintas modalidades de intervención de control fiscal participativo<sup>11</sup>, lo que activará de manera significativa el control micro, con miras no necesariamente a que se inicien las acciones tendientes al resarcimiento al patrimonio, sino a que se evite la configuración y materialización del daño, resultados que se verán reflejados cuantitativamente en los denominados beneficios de auditoría y en factores de medición de las entidades públicas.

#### 1.1.1. Objeto y alcance del control concomitante y preventivo

Concomitancia y prevención son dos aspectos del control mutuamente interrelacionados. El control **concomitante** debe entenderse con referencia al “*momento*” en que puede intervenir el órgano de control fiscal, el cual estará determinado por la identificación de un riesgo o daño inminente sobre el patrimonio público, que se realiza en desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal. Esa circunstancia entonces activa el control, aun cuando se trate de operaciones o procesos en ejecución. Obviamente, el riesgo que habilita la intervención de control es aquel que supere el riesgo inherente<sup>12</sup> a la gestión y que, por lo mismo, tiene alta probabilidad de ocurrencia y sus efectos sobre la gestión son mayores.

La concomitancia en el marco del nuevo modelo de control fiscal implica que la Contraloría no intervendrá sobre un universo indeterminado de actos de gestión fiscal, su objeto de control no será abstracto, sino que lo será el riesgo o daño potencial, es decir “*aquel daño que ha surgido y que ha nacido*”, pero que por la lógica de la ejecución o de la administración aún no se puede estudiar bajo el concepto de “*posterioridad y selectividad*”.

Su naturaleza no es la coadministración, ni la actuación previa y universal. No se

<sup>10</sup> Contraloría General de la República, Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, 13 de junio de 2017, disponible en el sitio web <https://www.contraloria.gov.co/documents/487635/633691/Informe+resultados+de+denuncias+2016.pdf/d27b6ca4-2213-4963-9f2f-d4f7cf68b9c2>

<sup>11</sup> El control fiscal participativo es entendido como la integración del control social a lo público y el control fiscal, con el propósito de incrementar la eficacia de la vigilancia fiscal y contribuir a la mejora y transparencia en la gestión pública. La promoción y desarrollo del control fiscal participativo es competencia de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, de acuerdo con las funciones que le otorga el Decreto 267 de 2000, artículos 55 a 57.

<sup>12</sup> Se entiende por riesgo inherente “aquel al que se enfrenta la entidad en ausencia de acciones por parte de la Dirección para modificar su probabilidad o impacto”. Departamento Administrativo de la Función Pública, Guía para la administración del riesgo, 2011, p. 32



trata de revivir el control previo y perceptivo. Lo que se pretende es brindar o dotar a las contralorías de las herramientas constitucionales para cumplir en un alto grado de eficiencia y eficacia su función constitucional, que es la de proteger y defender el patrimonio, y no la de únicamente identificar y registrar el daño una vez éste se configura, para proceder a su posterior enjuiciamiento y cobro.

Las medidas propias de este nuevo modelo de control se conciben frente a un riesgo actual y que pueda configurar un daño futuro, ya que aquí el daño no se encuentra consolidado o materializado desde lo jurídico o económico, pero el riesgo sí es cierto; siendo su característica principal la verificación inmediata de la efectividad de los controles implementados por la entidad ejecutora de recursos en la administración de riesgos. Los aspectos procedimentales del control propuesto serán regulados por la ley, de manera que este no implique en ningún momento coadministración.

Esta fase de fiscalización no conlleva el juzgamiento de la conducta del servidor público o del particular que administra recursos públicos, sino que implica el seguimiento de la situación presuntamente irregular y, eventualmente, la formulación de una advertencia tendiente a evitar la configuración del daño o en el caso que este se produzca, actuar de forma inmediata y oportuna.

Este modelo de control permitirá otorgar preponderancia a la denuncia fiscal y, en general, a la participación activa de la ciudadanía en el control fiscal, lo que redundará en legitimidad institucional y crecientes niveles de efectividad y eficacia.

Volviendo, pues, a la dualidad conceptual "momento" y "forma", al modelo de control propuesto debe asociarse un concepto de *forma*, que es consustancial a la finalidad del mismo; esto es, el control **preventivo**, puesto que la concomitancia solo tiene sentido si contribuye a la adecuada gestión del riesgo y al mejoramiento de la gestión pública. Se repite, sin invadir el ámbito de decisión del gestor fiscal.

Con ese propósito, se requiere la inclusión de la "**función de advertencia**" en el marco constitucional de competencias del órgano de control fiscal. Esta importante herramienta, que fue restringida bajo el modelo de la Constitución de 1991, tendrá su fundamento constitucional dentro del marco de un moderno Régimen de Vigilancia y Control Fiscal complementado y fortalecido por esta potestad en el ejercicio de control.

La función de prevención por tanto en este esquema no constituirá control previo ni colisionará con el actual esquema de fiscalización, y la función de advertencia se constituirá entonces en una herramienta esencial para su efectividad.

### 1.1.2. Función de advertencia en cifras

A nivel institucional se cuenta con un registro en cifras y sectores que muestran el

impacto de la función de prevención en su aplicación, y que determinan la importancia y el rol que cumplirá en el ejercicio de un control fiscal preventivo de rango constitucional.

Así, en el periodo comprendido entre el 2006 y 2015<sup>13</sup>, según datos registrados por la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República y los registrados en los informes de gestión al Congreso de la República se formularon y comunicaron 1.549 funciones de advertencia que alcanzaron la suma de 25.7 billones de pesos, y que se discriminan de la siguiente manera:

<b>FORMULACIÓN DE FUNCIONES DE ADVERTENCIA COMPARATIVO ENTRE VIGENCIAS Valores en Pesos</b>			
<b>Vigencia</b>	<b>Número de funciones de advertencia</b>	<b>Cuantía</b>	<b>Porcentaje de participación</b>
2006	8	3.159.652.019	0,00%
2007	30	407.787.870.696	2%
2008	64	1.600.878.712.709	6,24%
2009	62	502.895.509.801	2%
2010	144	860.834.890.520	3,35%
2011	171	1.512.800.402.747	6%
2012	328	4.832.363.349.130	18,82%
2013	322	2.683.928.749.413	10%
2014	417	13.267.017.914.608	51,68%
2015	3	0	0%
<b>TOTALES</b>	<b>1.549</b>	<b>25.671.667.051.643</b>	<b>100%</b>

Fuente: CGR-Applicativo SIIGEP a 2/10/2018

El impacto de este instrumento, también fue medido en términos de su aplicabilidad por sectores y su porcentaje de participación, lo que muestra la necesidad e importancia en sectores tan sensibles como los de Infraestructura, Defensa y Social, éste último que agrupa entre otros aspectos la evaluación de recursos del Sistema General de Participaciones, y que comprende a las entidades territoriales, léase Departamentos, Municipios y Distritos, y el Sistema General de Regalías. Las Gerencias Departamentales de la CGR, por su parte, realizaron un ejercicio importante a nivel territorial lo que muestra una extensión en la cobertura a nivel desconcentrado. Veamos:

<b>FORMULACION DE FUNCIONES DE ADVERTENCIA COMPARATIVO POR SECTORES-EN LAS VIGENCIAS 2006-2015 Valores en Pesos</b>
---

<sup>13</sup> Se incluyen datos hasta el año 2015 debido a la declaratoria de inconstitucionalidad vigente ocurrida el 11 de marzo de 2015 (Sentencia C-103 de 2015).

Dependencia	Cuantía	Porcentaje de participación
CONTRALORÍA DELEGADA SECTOR AGROPECUARIO	918.174.003.716	3,58%
CONTRALORÍA DELEGADA SECTOR SOCIAL	2.267.340.784.066	9%
CONTRALORÍA DELEGADA GESTIÓN PÚBLICA	2.644.902.708.779	10,30%
CONTRALORÍA DELEGADA INFRAESTRUCTURA	3.430.122.718.871	13%
CONTRALORÍA DELEGADA SECTOR DEFENSA	9.224.859.656.485	35,93%
CONTRALORÍA DELEGADA MEDIO AMBIENTE	198.886.792.153	1%
CONTRALORÍA DELEGADA DE MINAS	2.076.860.005.871	8,09%
REGALIAS	63.764.682.854	0%
GERENCIAS DEPARTAMENTALES	4.846.755.698.848	18,88%
TOTALES	25.671.667.051.643	100%

Fuente: CGR-Applicativo SIIGEP del 1/09/2010 al 31/05/2014

Tras estas cifras, se revelan verdaderas situaciones de impacto nacional y territorial que habiendo sido evaluadas por el organismo de control, tanto a nivel central como desconcentrado, permitieron a los gestores fiscales adoptar las acciones necesarias para evitar el daño advertido, corregir aspectos jurídicos, técnicos y financieros en sus operaciones y, en algunos casos, mitigar o eliminar daños futuros.

Así que el nuevo modelo constitucional de vigilancia y control se sustenta en el funcionamiento articulado de los sistemas *"concomitante y preventivo"* y *"posterior y selectivo"*. La coexistencia de estos dos modelos, no conlleva simultaneidad sino complementariedad y su aplicación no conlleva de manera alguna intromisión en la administración.

En tal sentido, el control fiscal micro, mediante el proceso auditor, seguirá siendo el principal procedimiento de control posterior y selectivo; mientras que el modelo *"concomitante y preventivo"* complementará el régimen actual en busca de garantizar la actividad de los entes de control dirigidos a la protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante servirá en algunas situaciones como insumo para un control posterior y selectivo, cuando habiéndose advertido al gestor fiscal del daño futuro, éste se materialice.

En definitiva, la capacidad de actuar de forma *"concomitante y preventiva"* es un

complemento efectivo dirigido a la mitigación o eliminación de los potenciales riesgos de gestión y a reducir los daños previsibles. Cabe recordar que la dimensión preventiva del control fiscal ya tiene consagración legal en el artículo 129, literal d), de la Ley 1474 de 2011<sup>14</sup>; entonces, lo que se pretende es elevar a rango constitucional esa facultad de las contralorías.

### 1.1.3. Naturaleza del daño en el control fiscal concomitante y preventivo

En la consagración legal actual, la definición de daño fiscal tiene como principal característica el constituirse en una “lesión” patrimonial que se produce a partir de acciones o verbos rectores<sup>15</sup> en el escenario de la gestión fiscal, sobre los cuales dicha lesión se consolida.

En el sentido teleológico de la norma, la lesión consiste en la imposibilidad de cumplir los fines esenciales del Estado, los cuales se particularizan a través de los objetivos funcionales, los programas y los proyectos a los que se encamine la entidad o sujeto de control; es decir, el daño adquiere tal carácter cuando a causa de una gestión fiscal presuntamente irregular se desatienden los principios de eficiencia, eficacia y economía propios de la función pública, lo que da al traste con la vocación programática de los recursos públicos y, por ende, no se logra proveer los bienes y servicios requeridos para la satisfacción de necesidades sociales.

Así las cosas, en el actual sistema constitucional bajo los criterios del control fiscal “posterior y selectivo”, al tenor de lo interpretado por la Corte Constitucional al referirse a la acepción intereses patrimoniales del Estado, el daño debe ser cierto y cuantificable, a fin de que posteriormente pueda ser objeto de reproche en el trámite del proceso fiscal. Al respecto señaló:

“(…) a partir del análisis del anterior contenido normativo es que la expresión “intereses patrimoniales” es una referencia al objeto sobre el que recae el daño.

De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están

<sup>14</sup> La Ley 1474 de 2011, artículo 129, establece: “ARTÍCULO 129. PLANEACIÓN ESTRATÉGICA EN LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES. Cada Contraloría departamental, distrital o municipal elaborará su plan estratégico institucional para el período del respectivo Contralor, el cual deberá ser adoptado a más tardar dentro de los tres meses siguientes a su posesión. La planeación estratégica de estas entidades se armonizará con las actividades que demanda la implantación del modelo estándar de control interno y el sistema de gestión de calidad en la gestión pública y tendrá en cuenta los siguientes criterios orientadores para la definición de los proyectos referentes a su actividad misional:

(…)

d) Énfasis en el alcance preventivo de la función fiscalizadora y su concreción en el fortalecimiento de los sistemas de control interno y en la formulación y ejecución de planes de mejoramiento por parte de los sujetos vigilados;

(…)”

<sup>15</sup> Menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado (artículo 6, Ley 610 de 2000).

**la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud.** De este modo, no obstante al amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado. Tal como se puso de presente en la Sentencia C-840 de 2001 [18], los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, se limita a una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución(...)<sup>16</sup>.

A partir de la consagración del control concomitante y preventivo, se ofrece entonces la posibilidad de referirse a la existencia ya no de un daño cierto, cuantificable y especialmente consolidado a título de lesión en la actividad administrativa, sino que también tiene cabida la determinación de un "riesgo inminente" que en su intangibilidad pueda ofrecer la posibilidad de evitar o prevenir el daño. En esa gerencia del riesgo, la certeza se produce a partir de su propia existencia, pero el daño adquiere el rango de potencial o dudoso, y el cual siendo advertido y no corregido tiene la potencialidad de convertirse en real, cierto y cuantificable.

Por esta razón, en este nuevo modelo la valoración del riesgo será una herramienta esencial en los mecanismos de evaluación en el control fiscal preventivo.

#### **1.1.4. Implementación de innovadoras técnicas de auditoría y procesamiento de información en el control fiscal**

Este nuevo modelo de control fiscal basado en la complementariedad entre el "concomitante y preventivo" y el "posterior y selectivo" propicia igualmente la introducción de innovadoras técnicas de analítica de datos, inteligencia de información y desarrollo de instrumentos de big data, todo lo cual redundará en el fortalecimiento e implementación a nivel nacional de herramientas y mecanismos idóneos de auditoría y control, utilizando datos abiertos, datos públicos digitales, bases de datos de registro y control de la contratación pública, etc., como mecanismos de revisión "en tiempo real" de las actuaciones de las diferentes entidades.

La "datificación" en la gerencia pública actual sería desaprovechada si los órganos de control permanecen rezagados empleando procedimientos de seguimiento y

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-340 de 2017 M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., 9 de mayo de 2007.

control convencionales. El mejor escenario para incorporar los avances tecnológicos de gestión de información lo ofrece el modelo de control concomitante y preventivo, que sería alimentado por un permanente flujo de información obtenida mediante la vigilancia fiscal.

Así que, se requiere con urgencia la implementación de herramientas tecnológicas idóneas que permitan los procesos de generación, recolección, agregación, compartición, explotación e innovación para el aprovechamiento de datos públicos digitales, la centralización de la información de los diversos actores de la administración pública, la accesibilidad a sistemas de información institucionales, la interoperabilidad de bases de datos, que faciliten la identificación de riesgos de gestión, el control y mitigación de posibles daños y pasar a un verdadero control anticipativo, que redunde en una mejor gestión pública y la adopción de buenas prácticas de gobernanza.

La construcción y manejo de enormes cantidades de información es un punto central en la evolución y modernización no solo en la administración pública sino en los órganos de control, para el crecimiento social *per se*, hoy en día negado por un esquema que propicia el aislamiento institucional y una capacidad orgánica que se diluye en un ejercicio misional antinatural e ineficiente, como ya hemos referido.

La evolución en términos técnicos y tecnológicos se dirige hacia la capacidad de filtrar información idónea y oportuna sobre la cual se construyan programas de control fiscal de índole nacional, regional, departamental y municipal, donde el órgano de control, a través del principio de desconcentración, logre llegar con toda su capacidad a la extensión del territorio nacional.

Con esta nueva visión de control, las Contralorías evolucionarán en su modelo de auditoría hacia una nueva forma de hacer control fiscal, mediante auditorías en línea u otros procedimientos técnicos, por medio de los cuales se obtenga mayor y mejor información en tiempo real, herramienta que sin duda facilitará el control permitiendo apuntar, a través de los programas de auditoría, hacia los puntos neurálgicos de relevancia nacional y estatal, de cara a construir verdaderas acciones fiscales de resarcimiento que serán juzgadas por la Contraloría General de la República dentro del marco de un modelo integral de protección y defensa del patrimonio público.

#### **1.1.5. ¿Cómo se materializará el control concomitante y preventivo?**

La materialización del control, requerirá entonces de estrategias y elementos cuyas características se describen a continuación:

- *Las medidas preventivas siempre se tomarán frente a un riesgo actual, que se encuentre técnicamente probado.*

- *El principio de prevención está soportado en la debida diligencia del gestor fiscal.*
- *En este nuevo modelo el riesgo es cierto y el daño es potencial.*
- *Se caracteriza por propiciar la administración de riesgos y la verificación de la eficiencia de los controles a efectos de la implementación anticipada de medidas para mitigar o prevenir los daños.*
- *El nuevo modelo busca que las acciones de la Contraloría se encaminen a prevenir daños y no solo a su identificación posterior.*
- *La función de advertencia será un destacado instrumento de la vigilancia fiscal, en defensa y protección del patrimonio público.*
- *Uno de los pilares del nuevo modelo será la actuación oportuna del ente de control, realizando el seguimiento a las fuentes y uso del recurso público en tiempo real, sobre operaciones financieras o presupuestales que generen un riesgo.*
- *El principio de verdad sabida y buena fe guardada, establecido en el numeral 8 del artículo 268 de la Carta Política, es justamente uno de los fundamentos y expresiones del modelo concomitante y preventivo.*
- *Requerirá por vía legislativa la facultad de investigar bienes en la etapa del proceso auditor.*
- *La vigilancia y control fiscal se adelantarán con énfasis en procedimientos expeditos, sin descuidar el carácter instrumental de las auditorías de regularidad respecto de la evaluación del desempeño de las entidades públicas.*
- *El Informe Técnico se constituirá en uno de los elementos esenciales de la actividad probatoria para otorgarle certeza técnica a la actuación del control fiscal en tiempo real y su elaboración oportuna permitirá fortalecer jurídicamente la validez del medio de prueba.*
- *La participación de la ciudadanía a través de las denuncias fiscales se convertirán en el principal insumo para activar en forma rápida y oportuna el modelo concomitante y preventivo; sin embargo, no se restringe únicamente a estas. Será de gran importancia el ejercicio de las auditorías articuladas.*
- *La prevención no se efectuará al universo total de las actividades de la administración pública; sino que estará focalizado en los riesgos.*
- *Con el nuevo modelo se fortalecerá el aparato auditor y de fiscalización de cara a consolidar los insumos de la acción fiscal de resarcimiento del patrimonio público ante la Contraloría General de la República.*

## II. UNIFICACIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LAS CONTRALORÍAS TERRITORIALES

Como bien se sabe, el constituyente originario de 1991 diseñó el control fiscal en cabeza de tres autoridades: la Contraloría General de la República, encargada de la vigilancia de la gestión fiscal de los recursos de la Nación; las contralorías territoriales, que se ocupan de la vigilancia de la gestión fiscal realizada por las entidades correspondientes a su nivel territorial, y la Auditoría General de la República, que vigila la gestión fiscal de las contralorías<sup>17</sup>. Este diseño obedece a la organización estatal como República unitaria, con descentralización administrativa y autonomía territorial, y a que no pueden existir espacios de exclusión del control fiscal, respectivamente.

Así mismo, la norma suprema previó que excepcionalmente la Contraloría General de la República podría efectuar control fiscal sobre cuentas de cualquier entidad territorial<sup>18</sup>, difiriendo a la ley el señalamiento de las causales para ello y los sujetos calificados para solicitar el control fiscal excepcional<sup>19</sup>.

En tratándose de los recursos transferidos desde la Nación a las entidades territoriales, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales tienen competencia concurrente para el control fiscal. Empero, como la concurrencia no conlleva simultaneidad en su ejercicio, el legislador extraordinario, mediante Decreto 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", en el artículo 5, numeral 6, asignó a la Contraloría General de la República competencia prevalente para ello, en coordinación con las contralorías territoriales<sup>20</sup>.

No obstante, son frecuentes los conflictos de competencia, positivos o negativos, que se suscitan entre la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales para el control de los recursos nacionales, los cuales corresponde resolverlos a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; eventos que no contribuyen a la prestación eficiente y oportuna de los servicios de control fiscal, porque entre tanto los términos de la actuación administrativa se suspenden.

<sup>17</sup> Por disposición del artículo 17, numeral 12, del Decreto 272 de 2000, la Contraloría de Bogotá está exceptuada del control fiscal de la Auditoría General de la República, estando en cabeza del Auditor Fiscal del Distrito Capital de Bogotá. Así mismo, la competencia de la Auditoría General de la República debe entenderse sin perjuicio de la competencia de las contralorías departamentales respecto de las contralorías distritales y municipales, por mandato del artículo 162 de la Ley 136 de 1994.

<sup>18</sup> El inciso tercero del artículo 267 de la Constitución Política establece: "...En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial."

<sup>19</sup> Las siguientes disposiciones legales rigen las solicitudes de control fiscal excepcional: artículo 26 de la Ley 42 de 1993; artículo 122 de la Ley 1474 de 2011; artículo 81 de la Ley 617 de 2000; artículo 68 de la Ley 1757 de 2015, y artículo 95 de la Ley 1523 de 2012. Y para su admisión y trámite se siguen los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las sentencias C-364 de 2001 y C-292 de 2003.

<sup>20</sup> La Contraloría General de la República expidió la Resolución Orgánica 5678 de 2005, por la cual se adopta el Sistema de Vigilancia Especial a los recursos del Sistema General de Participaciones, que permite coordinar acciones por competencia concurrente y determinar en qué casos procede la prevalencia competencial.



De otra parte, existen 65 contralorías sumadas las departamentales, distritales, municipales y la Contraloría General de la República; todas ellas, de rango constitucional y con autonomía e independencia. De manera que en un municipio del país pueden confluír las oficinas de representación de la Gerencia Departamental de la Contraloría General de la República, de la contraloría departamental y de la contraloría distrital o municipal; lo que sin duda genera en la ciudadanía una percepción de hipertrofia y desarticulación del control fiscal. Paralelamente, la Auditoría General de la República es otro órgano de control fiscal, que goza de los mismos atributos, encargado de la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías, circunstancia que en el caso de la Contraloría General de la República deviene en un control recíproco.

En contraste con esta situación, la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación tienen atribuida una competencia única, a nivel nacional, que se distribuye en forma desconcentrada a sus respectivas seccionales o regionales; lo que facilita la gestión organizacional y la planeación estratégica. No ocurre lo propio con la competencia para el control fiscal, pues esta se distribuyó en forma descentralizada, con autonomía de las entidades territoriales, lo que ha generado dispersión competencial, inexistencia de gestión sistémica y acefalismo.

Por ello, urge una reforma constitucional al régimen competencial de las contralorías. Nuestra propuesta consiste en la que la misma se asigne sin distingo del origen del recurso público o de la ubicación del ente vigilado en la estructura del Estado -que son los criterios básicos que rigen el actual modelo-, sino por el ámbito territorial correspondiente al tipo de contraloría. Como consecuencia de la reforma, en el nivel nacional la competencia de la Contraloría General de la República se mantendría igual; mientras que en el nivel local esa competencia se ampliaría a toda clase de recursos, en concurrencia con las contralorías territoriales. La Ley regularía las competencias concurrentes entre contralorías y la forma en que la Contraloría General de la República podría realizar control prevalente sobre la gestión fiscal de las entidades territoriales.

Adicionalmente, se asignaría al Contralor General de la República la función de organizar, en coordinación con la Auditoría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal, para la armonización y estandarización de la vigilancia de la gestión fiscal.

El diseño propuesto preserva la descentralización administrativa y la autonomía territorial, identificadas por la jurisprudencia constitucional como ejes axiales de la Constitución Política; permite la formulación de políticas de control fiscal con visión sistémica y propicia la delimitación funcional en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

Por último, en este aspecto, se propone sustituir la facultad de control excepcional,

pues sería innecesaria si la Contraloría General de la República tiene competencia respecto de toda clase de recursos, por la "función de intervención" a sus pares territoriales.

## **2.1 Inclusión de la función de intervención respecto de las Contralorías Territoriales**

En aplicación de los principios constitucionales de concurrencia y subsidiariedad, se plantea entregar a la Contraloría General la facultad de intervenir en la gestión de los órganos de fiscalización territorial, cuando se realicen acciones de control fiscal de alta complejidad, que demanden la participación de personal especializado, el uso de tecnologías o equipos técnicos de los que carezcan o, en general, cuando no tengan la capacidad operativa o la capacidad instalada para cumplir eficientemente su labor<sup>21</sup>. Igualmente, procederá la intervención cuando se tenga evidencia de la falta de imparcialidad y objetividad del órgano de control local.

Ahora bien, la función de intervención también podría ejercerse, como ocurre hoy con las solicitudes de control fiscal excepcional, a solicitud del Gobernador Departamental, del Alcalde Distrital o Municipal, o de la corporación de elección popular correspondiente al nivel territorial y de una comisión constitucional permanente del Congreso de la República. Lo propio, podrá hacer la ciudadanía a través de veedurías ciudadanas u otros mecanismos de participación democrática y control social a la gestión pública. Incluso, la misma contraloría territorial podrá solicitar la intervención. Con todo, la solicitud de intervención no será vinculante para la Contraloría General de la República, siguiendo la subregla jurisprudencial aplicada para las solicitudes de control excepcional<sup>22</sup>, toda vez que la admisión de la misma está sujeta a criterios jurídicos y técnicos que son expresión de la autonomía para el ejercicio de sus funciones.

A ese efecto, la Contraloría General de la República podrá requerir la información pertinente para identificar los asuntos que ameritan apoyo técnico o el esclarecimiento de los hechos por los cuales se dude de la transparencia y probidad de la contraloría. La obtención de información previa es imprescindible por cuanto la función de intervención no podría ser ejercida en forma ilimitada o

<sup>21</sup> Esa debilidad institucional se explica, entre otras causas, por las restricciones que impone el límite de gasto presupuestal que establece la Ley 617 de 2000; lo que impide, por ejemplo, que la contraloría territorial pueda contratar en un momento dado servicios especializados o adquirir equipos técnicos.

<sup>22</sup> En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-292 de 2003, al realizar la revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley 022/2001 Senado 149/2001 Cámara, por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas, señalando respecto del artículo 16, literal d, de la Ley 850 de 2003: "*por otra parte, en cuanto al literal d), la expresión solicitud supone que la petición de control que se hace ante la contraloría General de la Nación (sic), no la vincula. Ello por cuanto se trata del ejercicio de la función pública, sometida a criterios dictaminados por el constituyente y legislador, y sujetos a las condiciones fijadas por la propia institución. Esta goza de autonomía, que resulta indispensable para garantizar el cumplimiento de su función constitucional*". La disposición examinada fue reproducida por el artículo 68, literal d, de la Ley 1757 de 2015 y, por tanto, su contenido fue declarado conforme a la Constitución en la Sentencia C-150 de 2015.

abstracta, a riesgo de incurrir en el vaciamiento de la competencia del órgano de control natural. La ley reglamentará los procedimientos y métodos para la selección de los eventos sobre los cuales la Contraloría General de la República desplazará la competencia de la contraloría territorial, con el fin de asegurar el cumplimiento de los principios que orientan la vigilancia fiscal y de contera salvaguardando el recurso público involucrado.

La institucionalidad y experticia de la Contraloría General de la República ofrece mayores posibilidades de superar las dificultades para llevar a cabo el control fiscal y los desafíos técnicos que requiere su ejercicio<sup>23</sup>, dentro del marco de la utilización de la función de intervención. Más aun con el programa de fortalecimiento institucional que actualmente adelanta, financiado con recursos del préstamo brindado por el Banco Interamericano de Desarrollo - Contrato de Préstamo BID 3593/OC-CO, con el cual se busca fortalecer la efectividad del sistema de control fiscal a través del mejoramiento de la calidad y eficiencia de las acciones de control, y la promoción de la transparencia y participación ciudadana.

En ese propósito, según la Organización Internacional de Instituciones de Auditoría –INTOSAI-<sup>24</sup>, las auditorías de desempeño se constituyen como una evaluación independiente, objetiva y confiable de la eficiencia y eficacia de una administración pública, con estricto énfasis en el principio de economía y tendiente a generar mejoras de la gestión, insumo que viene siendo considerado por la Contraloría General en la implementación de un nuevo enfoque de control fiscal; además de las recomendaciones planteadas a Colombia en el Comité de Gobernanza Pública de la OECD, en mayo de 2013<sup>25</sup>.

Por consiguiente, el otorgamiento de esta nueva función al Contralor General de la República, propicia la colaboración armónica entre autoridades de control fiscal, promueve la unificación de criterios de auditoría y la estandarización de procedimientos, lo que redundará en mayor coordinación y sinergias entre los distintos niveles de control.

Esta reforma ofrece, pues, inmensas posibilidades de mejoramiento y optimización del desempeño de los órganos de control fiscal, al permitir que se identifiquen debilidades o riesgos de gestión y procesos a fortalecer, al tiempo que hará posible la transferencia tecnológica y el aprendizaje de buenas prácticas de control.

<sup>23</sup> El monto de recursos que hay que vigilar aumenta, en 1965 el gasto del gobierno nacional era de 6.93% del PIB, en 1985 fue 11.49% y en el 2016 fue de 23.33%. La modernización de los sistemas financieros avanza y se sofistican, las modalidades de contratación evolucionan y, el acceso a la información es cada vez mayor, por lo cual, la Contraloría General de la República, como ente rector del control fiscal no puede rezagarse\*.  
<http://www.contraloria.gov.co/documents/20181/455513/Palabras-del-señor-Contralor-General-Presentación-Nuevo-Enfoque-del-Control-Fiscal.pdf/8fce253d-b304-4604-b02e-f43aa504c9f9>

<sup>24</sup> La Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) es la organización central para la fiscalización pública exterior, como una organización no gubernamental con un estatus especial con el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), fundada en 1953.

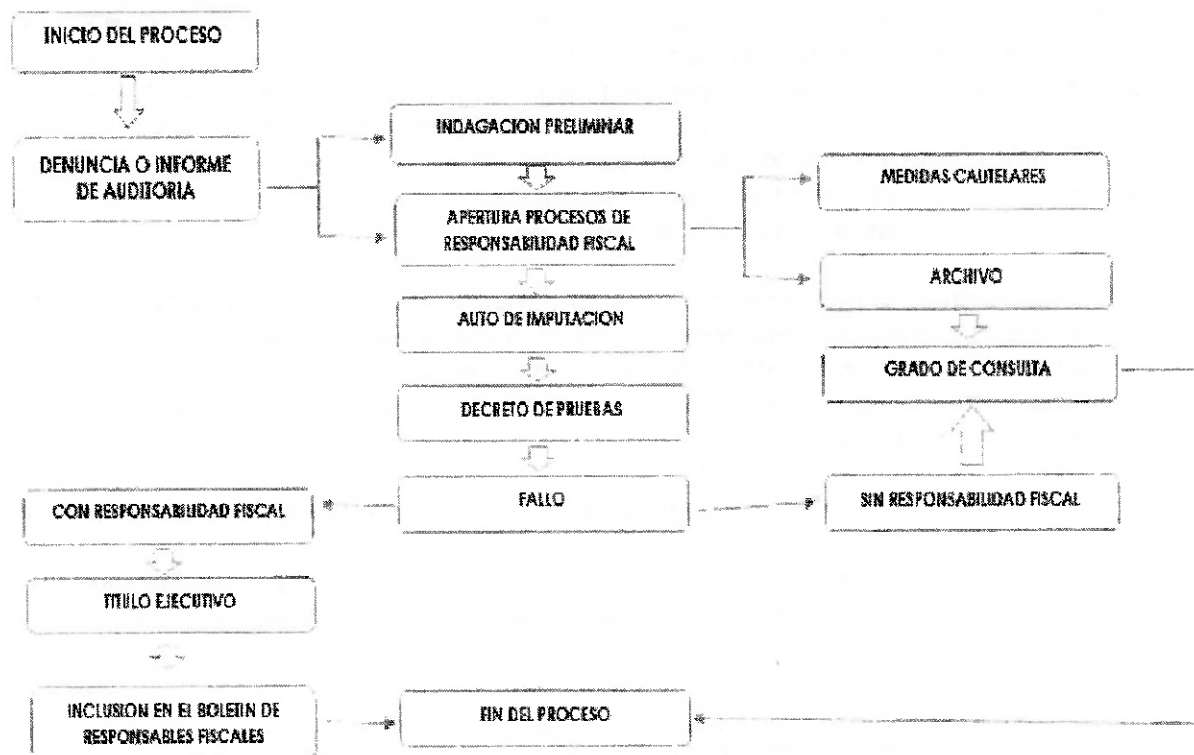
<sup>25</sup> Documento disponible en <http://www.oecd.org/centrodemexico/lacde/colombia-y-la-oecd.htm>

### III. ATRIBUCIÓN DE FACULTADES JURISDICCIONALES A LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

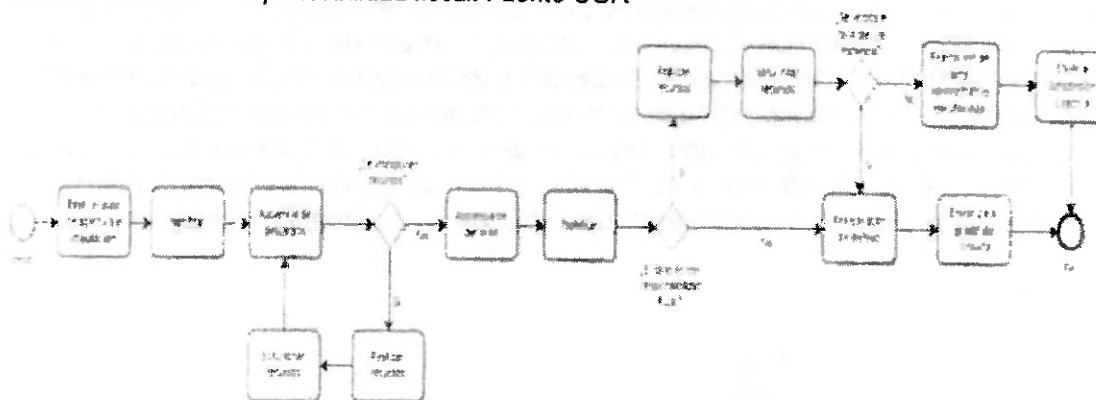
#### 3.1 Declaratoria de responsabilidad fiscal

Actualmente, el procedimiento administrativo para la determinación de la responsabilidad fiscal está contenido en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que establecen, respectivamente, dos tipos de proceso: (i) el proceso ordinario, de corte inquisitivo y de doble instancia, y (ii) el proceso verbal, que puede ser de única o doble instancia dependiendo del presupuesto de la entidad estatal afectada. Gráficamente los procedimientos se desarrollan así:

*Proceso ordinario de responsabilidad fiscal. Fuente CGR*



Proceso Verbal de responsabilidad fiscal. Fuente CGR



La declaración de responsabilidad fiscal conlleva la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales<sup>26</sup>, con vocación de generar una inhabilidad para contratar con el Estado en lapsos proporcionales a la cuantía del daño<sup>27</sup>, y cuya permanencia en este se supedita al resarcimiento del mismo.

No obstante, el acto administrativo de declaración de responsabilidad fiscal, por su misma naturaleza, es susceptible de ser controvertido por vía jurisdiccional; es decir, carece del efecto de cosa juzgada. En tal caso, el cobro coactivo se suspende a la espera de que en sede judicial se decida sobre la nulidad del acto administrativo, lo que conlleva un nuevo debate procesal con las dilaciones propias de los procesos judiciales.

### 3.1. Críticas al esquema procesal actual

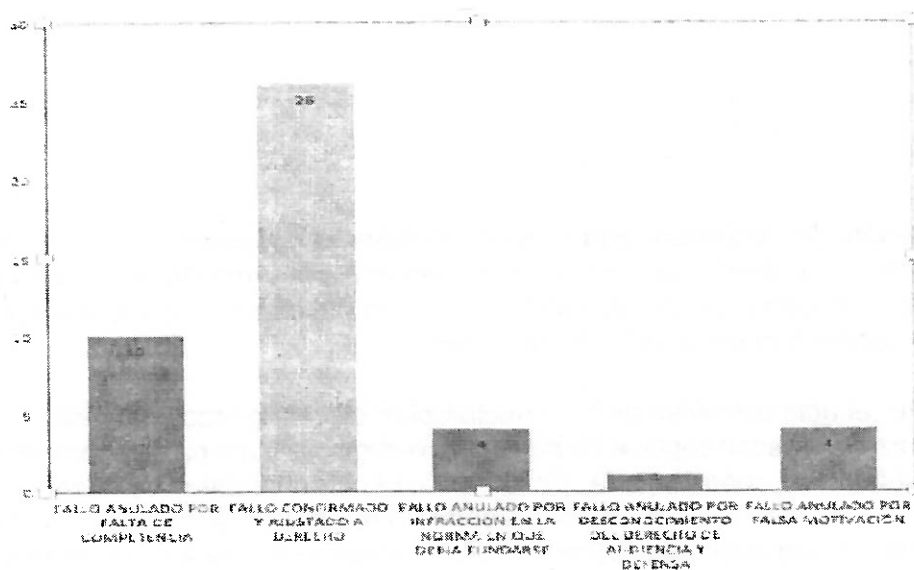
La actuación administrativa que conduce a la declaración de responsabilidad fiscal ha sido objeto de críticas, por los siguientes aspectos: (i) aparente falta de imparcialidad del ente de control, en tanto es la misma autoridad pública la que valida el hallazgo de auditoría y la que realiza la función de juzgamiento de la responsabilidad de los presuntos autores del daño; es decir, ambas fases se realizan por el mismo ente fiscal, indicándose entonces que la Contraloría funge como juez y parte en el proceso de responsabilidad fiscal, y (ii) por tratarse de un proceso de naturaleza administrativa la decisión final del mismo, es susceptible de ser demandable, lo que de un lado puede retrotraer la acción fiscal y generar un

<sup>26</sup> Entre los años 2012 a 2016, se encuentran reportadas 2609 personas jurídicas y naturales en el boletín de responsables fiscales de la Contraloría General de la República.

<sup>27</sup> Véase el artículo 38, parágrafo 1, de la Ley 734 de 2002

mayor desgaste para el aparato estatal en términos de recursos, y (iii) el anterior aspecto obedece a que frente a la decisión final no existe un cierre definitivo del proceso en sede administrativa.

Así, en una revisión del control jurisdiccional a los fallos de responsabilidad fiscal se encontró que de 47 fallos que conoció la Sección Primera del Consejo de Estado<sup>28</sup> entre los años 2012 a 2016, 19 fueron anulados y 26 confirmados, lo que representa un porcentaje del 55 % de intangibilidad de las decisiones de las contralorías en esa materia. Las causales de anulación, en su orden, fueron: (i) falta de competencia para proferir el fallo, (ii) infracción en la norma en que debía fundarse el fallo, (iii) falsa motivación y (iv) desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.



Si bien pueden existir debilidades en la gestión procesal de las contralorías, lo anterior también pone de presente las discrepancias interpretativas sobre los institutos jurídicos de la responsabilidad fiscal por parte de los jueces, de un lado y, por el otro, la excesiva congestión judicial, especialmente en la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que conlleva a que las decisiones de responsabilidad fiscal terminan adquiriendo firmeza después de trámites judiciales de 3 a 4 años, en promedio.

Como lo han demostrado diversos estudios<sup>29</sup>, la mora en los tribunales administrativos para decidir un proceso en primera instancia va desde 1.094 días, en tribunales como el de Bucaramanga, y hasta 3.557 días en tribunales como el de

<sup>28</sup> Entre el año 2012 a 2016 la Sección Primera del Consejo de Estado, solo conoció de 45 fallos con responsabilidad fiscal, según información de la AGR.

<sup>29</sup> Restrepo Medina Manuel, Estudio regional de la congestión en la jurisdicción administrativa, Universidad del Rosario, Estudios Socio- Jurídicos. ISSN: 0124-0579

Antioquia, para citar un ejemplo; sin contar con el término que tarda un proceso contencioso en segunda instancia en donde puede demorarse entre 400 y 500 días en ser decidido<sup>30</sup>, situación que llevó precisamente a la reforma contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ese estado de cosas que caracteriza la administración de justicia se traduce en que la duración de un proceso en la jurisdicción de lo contencioso y, por ende, la definición total de un asunto supere ampliamente los 5 años previstos para la prescripción de la acción fiscal en la Ley 610 de 2000<sup>31</sup>.

Siendo así, ¿por qué no concebir el proceso de responsabilidad fiscal como una actividad jurisdiccional? máxime si se tiene en cuenta que actualmente cursan 1544 medios de control de nulidad y de restablecimiento de derecho contra actos administrativos de las Contralorías, circunstancia que puede presentar un reproceso en decisiones resultado de la responsabilidad fiscal.

### **3.2. Otorgamiento de facultades jurisdiccionales a órganos administrativos – Viabilidad de asignarlas a la Contraloría General de la República**

Tal como lo ha establecido la Corte Constitucional, el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial de los agentes frente al Estado no es otro que, garantizar la indemnidad del patrimonio público, el cual debe ser objeto de protección integral con el propósito de lograr y asegurar: “la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho”, en los términos de lo estatuido por los artículos 2 y 209 de la Constitución Política<sup>32</sup>.

Así, la Carta Constitucional desde el preámbulo establece la obligación del Estado de asegurar a sus habitantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, lo que a su vez se traduce en los fines esenciales del Estado, como son garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes consagrados en la Constitución, siendo las autoridades de la República debidamente instituidas, las llamadas a asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El logro de tales pretensiones se posibilita a partir de la ejecución de políticas, planes y proyectos financiados con los presupuestos públicos y, en general, con la disposición de los bienes del Estado; lo que ubica al patrimonio público como elemento supremo en esta ecuación. Esta naturaleza especial del patrimonio público y, su protección para garantizar el cumplimiento de las finalidades del Estado, ubica a las labores de vigilancia y control fiscal en un lugar privilegiado

<sup>30</sup> El Espectador, Justicia administrativa, a paso de tortuga, sábado 1 de octubre de 2010.

<sup>31</sup> La prescripción de la acción fiscal está prevista en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-340 de 2017, MP: Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil siete (2007).

respecto de otras actividades asociadas a la función pública.

Por tanto, mayor relevancia cobra aquella función que derivada de las labores de vigilancia y control, puede posibilitar el resarcimiento al patrimonio estatal cuando frente a este se haya producido una lesión o daño, pues su visión teleológica contribuye al cumplimiento de las labores y fines de Estado.

La realización de los principios y valores constitucionales relativos a la protección del patrimonio público hallan expresión en los postulados del artículo 29 de la Constitución Política, cuando se trata de establecer responsabilidades por la administración del mismo; es decir, observando las formas propias del juicio y especialmente ante juez o tribunal competente, tanto más cuando este se fija en razón de la especialidad. En cualquier caso, sea que la responsabilidad la determine la autoridad judicial o administrativa, ambas son especies de la función pública; aquella función jurisdiccional y esta función de vigilancia y control fiscal.

De modo que, las garantías procesales que integran el derecho al debido proceso y los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa<sup>33</sup>, pueden tener pleno cumplimiento si se otorga facultades jurisdiccionales a la Contraloría General de la República para determinar la responsabilidad fiscal, lo que conllevaría la modificación del artículo 116 constitucional. Precepto normativo que, como bien se sabe, permite excepcionalmente a la ley atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

Si bien, la atribución de función jurisdiccional a la Contraloría General de la República puede hacerse por vía legal, en razón a que la facultad para establecer la responsabilidad fiscal es de estirpe constitucional<sup>34</sup>, cualquier modificación a la misma debiera tener la misma jerarquía normativa, lo cual realzaría la naturaleza de la función de defensa y protección del patrimonio público y prevendría la ocurrencia de antinomias con disposiciones de orden legal, tanto estatutarias como ordinarias, que prescriben facultades jurisdiccionales a algunas autoridades administrativas.

Así que, otorgar la intangibilidad de la cosa juzgada material a los fallos con responsabilidad fiscal proferidos por las Contralorías, permitiría superar las dificultades mencionadas, que impiden la pronta resolución de la situación jurídica del presunto responsable de un daño fiscal y, por consiguiente, el resarcimiento del perjuicio económico sufrido por el Estado.

El argumento de que es necesario mantener el control jurisdiccional a las decisiones

<sup>33</sup> Artículo 209 Constitucional

<sup>34</sup> El artículo 268, numeral 5, de la Constitución Política establece: "ARTICULO 268. El Contralor General de la Republica <sic> tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

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."



que en esa materia tomen las Contralorías en aras de preservar el ordenamiento jurídico y las garantías procesales de las personas vinculadas al proceso de responsabilidad fiscal se desestima, debido a que la ley de enjuiciamiento fiscal – Ley 610 de 2000, con las modificaciones introducidas por la Ley 1474 de 2011- establece distintos mecanismos de defensa y contradicción que han superado el escrutinio de la Corte Constitucional y que, junto con el Consejo de Estado, han producido abundantes lineamientos jurisprudenciales que iluminan la aplicación de los institutos jurídicos de la responsabilidad fiscal, al tiempo que las Contralorías, luego de 18 años de aplicación de la ley, han decantado una doctrina fiscal con base en la cual pueden decidir con acierto los distintos casos sometidos a su conocimiento.

Por si fuera poco, en cualquier momento del procedimiento administrativo será procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales de quienes consideren que se han transgredido sus derechos fundamentales, en particular el derecho al debido proceso, o cuando se estime que concurren las causales de procedencia de la esta acción constitucional contra actos administrativos definitivos.

### **3.3. La extensión del artículo 116 posibilita la lucha contra la corrupción y la defensa del patrimonio público**

Como vimos, el artículo 116 constitucional consagra la posibilidad de atribuir funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas en materias precisas. En su desarrollo jurisprudencial, la Corte Constitucional se ha pronunciado<sup>35</sup> señalando que el legislador goza de libertad configurativa para la asignación eficiente de competencias, de atribuir funciones jurisdiccionales de manera específica, clara y concreta sobre materias legalmente asignadas a la entidad administrativa y en virtud de las funciones que ordinariamente desempeña.

La doctrina también apoya el tema y son varios los tratadistas que han conceptualizado sobre ello:

“(…) Con total seguridad, que la rama judicial no es la única que tiene asignada la función de administrar justicia, lo cual dicho en otros términos conlleva a sostener que la Constitución Política no establece un monopolio a favor del poder judicial para administrar justicia, pues en realidad lo que existe es un oligopolio con un operador dominante representado en la rama jurisdiccional, quien en la práctica dirime la casi totalidad de los conflictos, pero no todos, pues reiteramos, hay otros operadores judiciales en nuestro país (...)”<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional, Sentencia C-156/13 MP: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, D.C., veinte (20) de marzo de dos mil trece (2013), Sentencia C-117/08, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil ocho (2008), Sentencia C-384 de 2000 MP: Vladimiro Naranjo Mesa, Santafé de Bogotá, D.C., abril cinco (5) de dos mil (2000) y Sentencia C-141, MP: Antonio Barrera Carbonell, Santafé de Bogotá, D.C., a los veintinueve (29) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y cinco (1995)

<sup>36</sup> Pablo Felipe Robledo del Castillo, “Funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas”, Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Es así como el desarrollo jurídico actual ha permitido la asignación de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, tales como las Superintendencias, lo cual ha posibilitado y extendido el marco de aplicación del artículo 116, con la finalidad de obtener una justicia especializada en materias donde se ha estimado que son las autoridades administrativas las que podrían coadyuvar a la descongestión de la administración de justicia de una mejor forma.

De esta manera, si se le atribuyese funciones jurisdiccionales a la Contraloría General de la República sus decisiones –meramente en lo que corresponde a la responsabilidad fiscal- mutarían su naturaleza pasando de ser administrativas a judiciales, otorgándoles vocación de permanencia para su labor misional de resarcimiento del patrimonio público. En este sentido, se aplica el criterio según el cual, **la defensa del patrimonio público opera como principio constitucional, en tanto hace posible el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.**

En este punto, resulta pertinente recordar que la Constitución Política concibe el poder público como uno solo e indivisible (artículo 3), que se ejerce a través de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial (artículo 113) y que, dada la cantidad de funciones públicas a atender, existen otras organizaciones encargadas de funciones disímiles a las funciones clásicas, y de otros órganos constitucionales, autónomos e independientes, a quienes también se les asignaron otras funciones públicas (artículos 117 y 120).

Así que, por virtud del principio de separación funcional entre órganos del Estado, opera un criterio de distribución de competencias según la cual cuando una materia ha sido asignada taxativa y exclusivamente a una autoridad, por especialidad, debiera ser el órgano de cierre en la misma. En otras palabras, si el constituyente originario no estableció una competencia privativa en cabeza de la Rama Judicial para controlar los actos administrativos que deciden sobre la responsabilidad fiscal, nada se opone a que los actos proferidos por el órgano al que le fue asignada dicha función tengan la firmeza suficiente para finiquitar la función pública en cuestión.

De otra parte, la notoria congestión de la Rama Judicial y su falta de especialización en responsabilidad fiscal<sup>37</sup>, expone un argumento en favor de la inconveniencia de mantener la competencia judicial para revisar la legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal y, por el contrario, apoyan la propuesta de atribuir funciones jurisdiccionales a la Contraloría General de la República, tanto a nivel central como desconcentrado y descentralizado.

Esto implicará un rediseño institucional en el que con la actual planta de personal de la Contraloría General de la República y aquella que se llegue a incorporar en su sistema especial de carrera, sea objeto de los ajustes legales necesarios en la

<sup>37</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C-189 de 1998, ha expresado que existe una particular naturaleza de los juicios fiscales que amerita una mejor comprensión y más adecuado desarrollo legal.

estructura interna, así como aquellos permitidos a la potestad reglamentaria del Contralor General de la República, lo cual resolvería los problemas de parcialidad de la que infundadamente se acusa al ente de control.

Por tanto, la asignación de funciones jurisdiccionales a los órganos de control fiscal es una de las soluciones viables para el fortalecimiento de la lucha contra la corrupción.

### 3.4. El principio de especialidad y el control fiscal

La atribución de funciones jurisdiccionales a la Contraloría General de la República, es pues coherente con el principio de especialidad funcional, en razón a que el control fiscal por mandato constitucional y legal está asignado a las contralorías y no a ninguna otra rama u organismo público.

En este sentido, la doctrina<sup>38</sup> ha señalado que “la especialidad” de un órgano o lo que se denomina su “elemento sustantivo”, está constituido por sus “atribuciones”, es decir, su materia, objeto o sus cometidos, así como por las “funciones” que éste puede realizar, de acuerdo a su objeto y las “potestades” o poderes jurídicos para la ejecución del o de los cometidos atribuidos.

Así, por principio de especialidad fiscal, el control y la vigilancia de los recursos públicos, como también la determinación de las responsabilidades que de ellas se deriven, está asignada única y expresamente a las contralorías; es decir, frente a estas funciones aplica un principio de competencia exclusiva. Ningún otro poder, rama o entidad puede involucrarse en el control que, a través del macro proceso de control fiscal micro o de responsabilidad fiscal, adelanta la Contraloría General de la República, por lo que podría implementarse un pluralismo metodológico y funcional al poseer no solo atribuciones administrativas, sino además funciones jurisdiccionales, las cuales desarrollarían cabalmente el espíritu del Constituyente de 1991: la autonomía del órgano de control fiscal y el otorgamiento de plenas facultades para procurar el buen uso de los recursos públicos.

Tan relevante es el carácter especializado del control fiscal, que la Corte Constitucional lo ha definido así:

“(…) 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

<sup>38</sup> Méndez Manfredini, Aparicio; “Teoría del Órgano”, edición definitiva, Montevideo – año 1971 y Sayagués Laso, Enrique; “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo I, 8ª edición, Montevideo – año 2002, págs. 183 y sgts.

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.).”

“(…) el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (art. 1o., 2o., 103, inciso 3 y 270 de la C.P.).”<sup>39</sup>

Siendo el control fiscal el mecanismo a través del cual se pretende establecer el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado, su finalidad constitucional se orienta al ejercicio del control y al establecimiento no solo del daño, sino de la responsabilidad, aristas inescindibles en el marco estructural del Estado Colombiano; toda vez que se trata de establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal, se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración.

Entonces, ostentando una aptitud legal y jerárquica sobre la vigilancia de los recursos públicos ejercida de manera técnica a través de personal especializado, la declaratoria de responsabilidad fiscal debe ser resuelta por otro funcionario que, integrando la Contraloría General de la República, dentro de los márgenes de autonomía funcional y técnica que la Constitución y la ley reconocen, posea la identidad de un juez en este aspecto, con conocimiento y tecnicidad sobre los asuntos puestos a su consideración.

Lo anterior, garantizará la efectividad plena del control del patrimonio público y la determinación de la responsabilidad fiscal, con suficiente fuerza jurídica que, a su vez, protegería los principios de confianza legítima, de auto ejecutoriedad y de continuidad de las funciones administrativas atribuidas por mandato constitucional<sup>40</sup>.

### **3.5. Naturaleza judicial de los procesos resarcitorios**

Uno de los aspectos de amplio debate relacionado con la naturaleza de los procesos declarativos y resarcitorios obedece a que éstos son en su esencia de naturaleza

<sup>39</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-374 de agosto 24 de 1995, MP: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>40</sup> [http://www.rosario.gov.ar/ArchivosWeb/personal/derecho\\_administrativo.pdf](http://www.rosario.gov.ar/ArchivosWeb/personal/derecho_administrativo.pdf)

judicial. Si se revisa el actual marco normativo tanto en materia civil como contencioso administrativa, los procesos cuya finalidad pretenden la declaratoria de responsabilidad y la cuantificación de su condena o indemnización de perjuicios, en efecto son de naturaleza judicial y no administrativa.

Basta con analizar los actuales medios de control judicial en materia contencioso administrativa (nulidad y restablecimiento, reparación directa, controversias contractuales, etc.) para observar su naturaleza y similitud frente al proceso de responsabilidad fiscal; entre ellos, el trámite de la acción de repetición por vía contenciosa administrativa, la cual como se ha descrito, si bien tiene fuentes del daño de distinta índole, coincide con la finalidad de resarcimiento al patrimonio público.

Siendo finalidad de la acción fiscal la determinación de la responsabilidad, bajo el mismo régimen de culpa de las acciones contenciosas, con el objeto de generar una condena pecuniaria a favor del Estado, su naturaleza debe hacer tránsito de administrativa a judicial, tal y como se plantea en este documento.

### **3.6. Lo adversarial visto desde la acción de responsabilidad fiscal**

Basados en el principio de especialidad, la posibilidad de que la Contraloría General de la República tenga funciones jurisdiccionales para el trámite de la acción de responsabilidad fiscal, ubica el criterio de adversariedad como un componente especial en su trámite que no puede ser entendido en la literalidad o en los términos de la administración de la justicia ordinaria.

Desde el punto de vista formal, se requiere de la adaptación de la estructura organizacional de la entidad para salvaguardar el respeto del debido proceso; es decir, se garantizará que quien indaga o investiga no sea quien finalmente juzgue, situación que con las funciones jurisdiccionales se dará por descontada.

En cuanto al punto de vista material, la acción fiscal contendrá un elemento esencial aplicable a los trámites adversariales, esto es, la existencia del componente de la participación ciudadana, como parte de la estructura que operará y ubicará al ciudadano como sujeto importante en la relación procesal.

No es desconocida la importancia que adquieren los ciudadanos en la activación de los mecanismos de control fiscal; sin embargo, ellos a pesar de conocer de primera mano los hechos materia de posterior indagación o proceso, no cuentan con el arsenal técnico y jurídico requerido en esta materia para participar activamente en el trámite procesal; razón por la cual quien asume tal responsabilidad es el mismo organismo de control. Por decirlo así, el ciudadano en nuestro esquema es nada más y nada menos que el "adversario" de lo que hoy denominamos corrupción y serán nuestros auditores quienes coadyuven al papel del ciudadano bajo criterios

técnicos dentro del trámite. Será esta pieza, y lo es hoy, en los procedimientos actuales el protagonista de un proceso que de naturaleza jurisdiccional dará una rápida y eficaz respuesta a sus requerimientos.

Por lo anterior, desde el punto de vista de la acción de responsabilidad fiscal, la adversariedad tiene un carácter diverso y especial.

### **3.7. La asignación de facultades jurisdiccionales a la Contraloría General de la República no riñe con los compromisos internacionales en materia de Derechos Humanos.**

La Corte Constitucional ha expresado que los procedimientos que adelanten las autoridades administrativas en ejercicio de facultades jurisdiccionales, deben observar los siguientes criterios: "(...) (i) que atienda principios como la justicia y la igualdad, (ii) que asegure la vigencia de los derechos fundamentales al debido proceso que implica el derecho de defensa y la vigencia del acceso a la administración de justicia, (iii) acatamiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad de las formas, (iii) la primacía del derecho sustancial (...)"<sup>41</sup>

Así mismo, el adecuado ejercicio de facultades jurisdiccionales exige atender las disposiciones normativas que en materia de derechos humanos están contenidas en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, las cuales son de obligatorio cumplimiento en el marco del control de convencionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política de 1991.

De ésta manera, la propuesta encaminada a dotar de facultades jurisdiccionales a la Contraloría General de la República y a las Contralorías Territoriales, para tramitar los procesos de responsabilidad fiscal, debe estar en armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>42</sup>, en el sentido de respetar las garantías judiciales a los procesados contenidas en el artículo 8 de la citada Convención, en particular las siguientes:

*"(...) Artículo 8. Garantías Judiciales*

*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

*2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

*(...)*

*h. Derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. (Subrayas fuera de texto)*

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-170 del 19 de marzo de 2014. M.P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>42</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, ratificada por Colombia y posteriormente aceptada el 21 de junio de 1985.

En cuanto al derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, la Corte ha señalado que es *“una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, que procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”*<sup>43</sup>.

En ese orden de ideas, con el presente proyecto se busca respetar dichas garantías judiciales, entre ellas, la posibilidad de **recurrir de manera extraordinaria** la decisión que emitan las Contralorías ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; atendiendo con ello, los deberes que tiene Colombia como Estado miembro de la mentada Convención<sup>44</sup>.

Adicionalmente, el otorgar carácter jurisdiccional a las decisiones de las Contralorías contribuye a satisfacer las exigencias de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>45</sup>, la cual tiene efectos vinculantes para las autoridades públicas, no solo judiciales sino administrativas, en virtud del bloque de constitucionalidad<sup>46</sup> y del control de convencionalidad que se deriva de este. Exigencias jurisprudenciales referidas a la imposibilidad de restringir los derechos políticos por mandato de autoridades administrativas, puesto que la declaración de responsabilidad fiscal conlleva inhabilidad<sup>47</sup>.

Ahora bien, la independencia de todo órgano que realice funciones de carácter jurisdiccional es un presupuesto indispensable para el cumplimiento de las normas del debido proceso, presupuesto que estaría garantizado al ser las Contralorías órganos autónomos e independientes a las demás ramas del poder público, requiriéndose únicamente modificaciones a la estructura interna de tales organismos que aseguren separación e independencia entre la etapa de investigación (auditoría)

<sup>43</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada (2014). Obtenido en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

<sup>44</sup> "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (...)"

"Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. (...) los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

<sup>45</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2011, en el caso López Mendoza vs. Venezuela, en la que condenó al estado venezolano por transgredir el artículo 23.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que concede tres garantías: i) la de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; ii) la de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y ) la de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país; ha venido construyendo una jurisprudencia según la cual esas garantías no pueden ser restringidas como resultado de un proceso surtido ante autoridades administrativas.

<sup>46</sup> Artículo 93, inciso 1, de la Constitución Política

<sup>47</sup> El numeral 2 del artículo 23 de la Convención establece que la ley reglamentará el ejercicio de tales derechos en caso de "condena" impuesta por "juez competente, en proceso pena". Más allá del debate acerca de la argumentación de la sentencia y de los alcances de los salvamentos de voto, y de que en el ordenamiento jurídico colombiano algunas autoridades administrativas están constitucionalmente facultadas para ello, como lo ha expuesto la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-028 de 2006 y SU-712 de 2013; lo cierto es que constituye un precedente que es tenido en cuenta en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

y la de juzgamiento (proceso de responsabilidad fiscal), aunado a la posibilidad extraordinaria de controvertir judicialmente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las decisiones que establezcan responsabilidad fiscal, respondiendo de esta forma al esquema constitucional interno en armonía con el marco de convencionalidad, lo cual será objeto de regulación legal, a partir de la consagración de acciones especiales de revisión que no constituyan un proceso judicial adicional.

Como se ha indicado en párrafos anteriores, las actuaciones que vienen adelantando autoridades administrativas, como las Superintendencias de Sociedades, Industria y Comercio y Financiera de Colombia, constituyen un referente exitoso a nivel nacional, para otorgarle el mismo tratamiento al proceso de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías, como alternativa para superar la problemática de la corrupción.

### 3.8. Las facultades de cobro coactivo

La Contraloría General de la República tiene atribuida la función de cobro coactivo de los fallos con responsabilidad fiscal. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado la inescindibilidad de las atribuciones constitucionales exclusivas y excluyentes del órgano superior de fiscalización en la Sentencia C-919 de 2002<sup>48</sup>, providencia en la cual aclaró que en materia fiscal existe una *etapa de conocimiento*, donde con la plenitud de las garantías propias del debido proceso se establece la existencia o no de una responsabilidad fiscal patrimonial, cuya incertidumbre se le pone fin con el fallo que culmina el proceso; y una *etapa de ejecución* en la que no hay incertidumbre de la obligación fiscal a cargo de alguien y a favor del Estado, porque ya se sabe quién y cuánto debe al erario por haber sido declarada su responsabilidad mediante fallo en firme. Se parte de la acreencia cierta a favor del Estado de la cual la Contraloría debe procurar su recaudo mediante su ejecución coactiva. Por ende, se busca el pago de la obligación de manera compulsiva a través de un proceso cuyo objeto es la “realización coactiva del derecho” que ya tiene definida su certeza y no está en discusión. Por lo tanto, la facultad coactiva fiscal no es una actividad ajena a la Contraloría General de la República sino que, por el contrario, constituye una de las materias fundamentales de su función, por ser de naturaleza constitucional<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> M.P. Alfredo Beltrán Sierra

<sup>49</sup> En este sentido aclaró la Corte Constitucional que:

*“Siendo ello así, surge entonces con claridad que adelantar los procesos respectivos de carácter ejecutivo para reintegrar al patrimonio público dineros de propiedad del Estado o de entidades suyas, así como, en algunos casos, las sumas en que se haya fijado el resarcimiento de perjuicios a favor del Estado, no es una actividad ajena a la Contraloría General de la República sino que, por el contrario, constituye una de las materias fundamentales de su función. No culmina la actividad de la Contraloría con el simple examen de las cuentas, ni se detiene tan sólo en la “vigilancia de la función fiscal”, ni se limita a la exigencia de informes a los empleados encargados de ella, como antes acontecía. Ahora se extiende al cobro ejecutivo de las sumas de dinero que adeude el servidor o ex servidor público, e inclusive, el particular, respecto de quien se estableció la existencia de una responsabilidad fiscal a su cargo, cuando voluntariamente no se produce el pago de la acreencia a favor del fisco.*

*Se trata, así, de una atribución nueva que no tenía la Constitución anterior y que, en ese punto, hacía nugatoria la labor desarrollada por la Contraloría General de la República.”*

(...)

*Para llevar a cabo este segundo proceso, de manera expresa, el artículo 268, numeral 5 de la Constitución le asigna al*

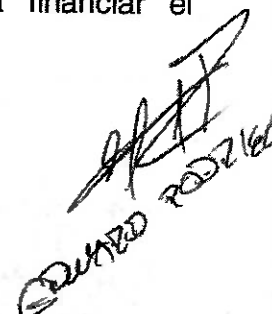


No obstante ello, algunos jueces, administradores concursales y liquidadores desconocen el precepto constitucional establecido en el numeral 5 del artículo 268, en menoscabo de la atribución de cobro coactivo fiscal para el resarcimiento de recursos públicos que no han debido perderse. Para solucionar esta problemática, se propone que de manera taxativa se estipule la prevalencia del mismo sobre los procesos concursales, liquidatorios o de insolvencia, en razón a la naturaleza de los recursos que fueron objeto de malversación patrimonial y, por lo tanto, que las medidas cautelares decretadas durante el trámite del proceso de responsabilidad fiscal o del proceso de cobro coactivo no se levanten a solicitud del juez del concurso; es decir, que ante el cobro coactivo de las deudas de carácter fiscal que ejerce la CGR, estas no concurren con otras deudas o procedimientos de naturaleza concursal, según lo consagrado en los artículos 119, 267 y 268-5 de la Carta Política.


Si bien, la prelación de créditos es asunto de orden legal, el otorgar preferencia constitucional a los créditos del fisco es consecuente con la naturaleza pública de los recursos objeto de recaudo y facilita el cobro coactivo frente a otro tipo de acreencias y procedimientos que están enfocados en la salvaguarda de la empresa y sus acreedores, mientras que aquellos están destinados a financiar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

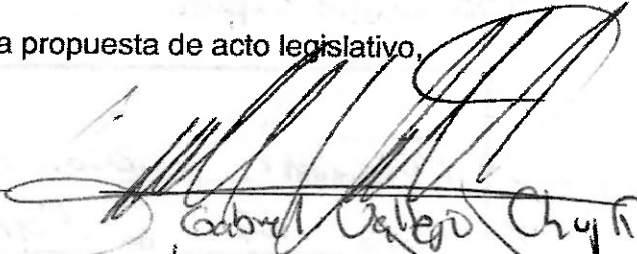
Del honorable Congreso de la República,

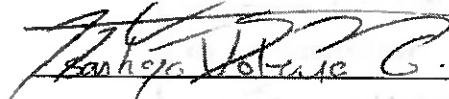
  
CARLOS FELIPE CÓRDOBA LARRARTE  
Contralor General de la República

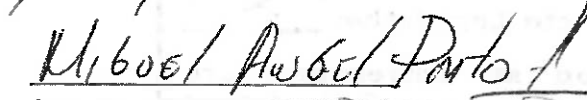
  
EDUARDO RODRÍGUEZ

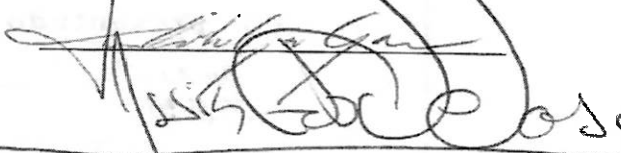
Honorables Congresistas que acogen la propuesta de acto legislativo,

  
Gabriel Santos

  
Gabriel Callejo Chuyfi

  
Sánchez Botero C.

  
Miguel Ángel Paro

  
José María Cárdenas

Contralor esa atribución específica de la que, se repite, carecía ese funcionario antes de la Constitución de 1991.  
(...)

Además, esa regulación por la ley, no es nada distinto del ejercicio por el legislador de la función de darle contenido concreto y específico a los mandatos del constituyente para que las normas de la Carta tengan luego cabal realización a través de los funcionarios del Estado y con los procedimientos que se señalen por la ley, como ocurre, en este caso, con respecto de la función de ejercer la atribución del numeral 5 del artículo 268 de la Constitución."

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*  
*[Handwritten signature]*

Kelyn Gonzalez D. *[Handwritten mark]*  
*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*  
JORGE MENDOZA HERNANDEZ


*[Handwritten signature]*  
José Daniel López  
José Daniel López

*[Handwritten signature]*  
ERASMO PULGAR

*[Handwritten signature]*

CÁMARA DE REPRESENTANTES  
 SECRETARÍA GENERAL

El día 27 de Marzo del año 2019  
 Ha sido presentado en este despacho el  
 Proyecto de Ley        Acto Legislativo X  
 No. 355 Con su correspondiente  
 Exposición de Motivos, suscrito Por: HE Gabriel Santos  
Dr Carlos Felipe Mejía - Contralor General de la Republica  
HSMiguel A. Panto y otras firmas

  
 SECRETARIO GENERAL