

DE MODELO DE CONTROL FISCAL PREVIO A CONTROL FISCAL POSTERIOR Y SELECTIVO: ¿CAMBIO SUSTANCIAL PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO?

Ana María Pereiro Maya

Fecha de recepción: 08 de marzo de 2024

Fecha de aceptación: 14 de junio de 2024.

Referencia: Pereiro, A. (2024). De modelo de control fiscal previo a control fiscal posterior y selectivo: ¿cambio sustancial para la protección del patrimonio público?. *Revista Científica Codex*, 10 (18), 8-51.

RESUMEN

El presente artículo analiza si el cambio o sustitución del modelo de sistema de control fiscal previo al modelo de control fiscal posterior evocado por la Constitución Política de 1991, con las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 04 de 2019, es oportuno y pertinente en el ámbito de protección y recuperación del patrimonio público. En efecto, a través de un estudio teórico y crítico acerca del control fiscal previo y posterior, se busca establecer que la supresión del control previo en el ordenamiento jurídico conlleva a limitar el ejercicio de una vigilancia integral por parte del ente fiscal, puesto que, al presentarse inconsistencias e irregularidades durante el proceso de contratación estatal, el ente fiscalizador se limita en su actuar. Por lo tanto, no puede evitar los efectos nocivos y riesgos de manera oportuna, interviniendo cuando el daño está consumado.

Palabras clave: control fiscal; patrimonio público; principios; función pública; contratación estatal.

ABSTRACT

This article examines whether the transition or substitution of the ex ante fiscal oversight system for the ex post oversight model envisioned by the Political Constitution of 1991, as amended by Legislative Act 04 of 2019, is timely and relevant in the context of protecting and recovering public assets. Through a theoretical and critical study of both ex ante and ex post fiscal control, the article aims to demonstrate that eliminating ex ante oversight within the legal framework restricts the exercise of comprehensive supervision by the fiscal authority. When inconsistencies and irregularities occur during the public procurement process, the oversight body becomes constrained in its actions. Consequently, it is unable to prevent harmful effects and risks in a timely manner, intervening only after the damage has already occurred.

Keywords: fiscal control; public patrimony; principles; public function; government contracting.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se centró en el análisis teórico acerca de si la sustitución o cambio del modelo de sistema de control fiscal previo al sistema de control fiscal posterior y selectivo es oportuno y pertinente en el marco del cumplimiento de los principios de la función pública y en la protección y recuperación del patrimonio público y de los bienes del Estado. Si bien se introducen modificaciones a la vigilancia y control fiscal a través del Acto Legislativo 04 de 2019, según el cual se denota un control preventivo y concomitante, mas no previo, este es de carácter excepcional no vinculante, sin regular los eventos y situaciones en los cuales es procedente.

En efecto, para que los controles establecidos en la Constitución y la ley, entre ellos, el control fiscal, sean eficaces y se efectúen en condiciones y parámetros de oportunidad, deben ejercerse dentro de los plazos razonables previstos en la normatividad vigente. Según la Corte Constitucional y lo establecido en sentencia C- 623 de 1999, la oportunidad está íntimamente ligada con los principios de eficacia y eficiencia (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

De ahí que, si bien todo el proceso de contratación en sus distintas etapas -precontractual, contractual y poscontractual- debe ejecutarse en observancia de los principios de la función administrativa, no existe un control fiscal integral que intervenga en la protección del patrimonio público de manera oportuna. Por el contrario, la intervención de las autoridades fiscales, por regla general, se realiza de manera posterior al perfeccionamiento del contrato, esto es, cuando los recursos ya se encuentran comprometidos y/o cuando el contrato se encuentra terminado o liquidado; es decir, cuando los recursos ingresaron al patrimonio del contratista o un tercero y, en la mayoría de casos, su recuperación es casi nula o nula; dejando en evidencia que la transformación de un control previo a un control posterior es insuficiente e inoportuna. Esta situación conlleva a indicar que el fin último del control y vigilancia fiscal, esto es, evitar el detrimento patrimonial, sea inviable y sin efectos.

Por lo tanto, el control se ejerce por parte de las autoridades fiscales cuando existe una vulneración a los principios de la función pública y de la contratación estatal y se ha causado un perjuicio irremediable. En consecuencia, si se permitiera el control de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, como se predicaba con la existencia del control previo, y sin facultades de intervención y ejerciendo plenamente funciones de control y vigilancia, se protegerían los recursos del Estado y se garantizaría que su utilización sea destinada para el interés general y el cumplimiento de los fines estatales. Dicho de otra manera, el modelo de control fiscal vigente no le otorga al ente de control la capacidad de reacción inmediata con ocasión de los riesgos inminentes en operaciones y procesos en el marco de la contratación estatal.

Para analizar esta problemática, es necesario mencionar las características y criterios bajo los cuales se ejercía el control fiscal previo y las condiciones en las cuales se ejerce el control fiscal posterior y selectivo en los procesos de contratación en la vigencia de la Constitución Política de 1991 y el Acto Legislativo 04 de 2019, con el fin de determinar la necesidad de retornar al control fiscal previo y selectivo bajo criterios de cuantía y relevancia del objeto contractual y su relación con el interés general, en aras de garantizar el cumplimiento de los principios de la función pública y evitar las actuaciones tardías que no permiten resarcir los daños al erario.

1. CONTROL FISCAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

1.1. Modelo de sistema de control fiscal previo en el ámbito de la contratación estatal

En primer lugar, es preciso realizar un recuento histórico del control fiscal previo. En efecto,

Hasta la expedición de la Ley 42 de 1923, y como resultado de las recomendaciones de la Misión Kemmerer, se dispuso la creación de una institución autónoma, denominada Departamento de Contraloría, encargada de fiscalizar el manejo de los recursos públicos. Mediante el Decreto 911 de 1932 el Gobierno Nacional decidió reorganizar la institución otorgándole el carácter de oficina de contabilidad y control fiscal e incluyendo, dentro de sus funciones, la de control previo de la gestión administrativa; para ello se establecía que los contratos o erogaciones de fondos que excedieran cierto monto debían contar con la certificación de disponibilidad de la partida correspondiente, emitida por el Contralor General, y se disponía el registro de los respectivos contratos en el Departamento de Contraloría (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

Posteriormente, el sistema de control se consagró en el Acto Legislativo 01 de 1945,

... que en su artículo 93 atribuyó a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración. La Ley 20 de 1975 en su artículo 3 autorizó a dicha entidad para aplicar los sistemas de control fiscal que había venido empleando dentro de sus etapas integradas de “control previo”, “control preceptivo” y “control posterior”. La consolidación del control previo y preceptivo -unido a un control posterior de carácter restringido- constituiría una de las reformas más importantes al 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 (Corte Constitucional, Sala Plena, C-103, 2015).

El Decreto 925 de 1976, “por el cual se determinan los procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance que deben tener el control previo y la contabilidad general de la Nación y se dictan normas sobre estadística” (Decreto 925, 1976) definió cada una de estas modalidades de fiscalización. Con relación al control previo, dispuso:

Art. 2. 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 (Decreto 925, 1976, art. 2).

A su vez,

El artículo 9 de la Ley 20 de 1975 establecía que el Contralor no autorizaría pagos por contratos administrativos si no se allegaba copia auténtica del Diario Oficial o de un diario de amplia circulación, en el que apareciera publicado el extracto que para cada caso visara el Auditor o Revisor Fiscal correspondiente. El artículo 20 ibídem autorizaba a la Contraloría General de la República para efectuar controles previos a las empresas industriales y comerciales del Estado cuya junta directiva lo solicitara, o de oficio, con carácter temporal o permanente, cuando advirtiera frecuentes o repetidas irregularidades en el examen posterior de cuentas o en visitas practicadas por dicha entidad (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

De igual manera, el artículo 5 del Decreto 925 de 1976 otorgaba la siguiente potestad a la Contraloría General en el trámite previo a la celebración del contrato:

Art. 5. A todas las Juntas o Comités de licitaciones o adquisiciones y de compras, de los organismos de la administración y sus entidades descentralizadas y demás entidades sujetas a fiscalización de la Contraloría General de la República, asistirá un representante del Contralor General de la República designado por éste o el respectivo Auditor, quien intervendrá en las deliberaciones de dichas juntas o Comités, con voz pero sin voto.

Parágrafo 1. Cuando el criterio del representante del Contralor General de la República o del respectivo Auditor se adverso a una licitación, adquisición y compra, por considerar que en tales actos se violan normas legales o que de realizarse se menoscaban los intereses de la Nación, deberá expresar sus observaciones en forma motivada por escrito y las hará conocer oportunamente a la entidad interesada.

Parágrafo 2. El representante del Contralor General de la República o el respectivo Auditor enviará inmediatamente un informe sobre el particular al Contralor para que éste en el término de seis días, determine el criterio de la Contraloría General de la República, al respecto. En tanto la entidad deberá abstenerse de perfeccionar los actos respecto a los cuales se hayan hecho las observaciones. Si el concepto de la Contraloría General fuese igualmente desfavorable a la entidad, la Junta o Comité lo analizará ampliamente, reestudiará su decisión y la rectificará o conformará según lo estime conveniente (Subrayado original) (Decreto 925, 1976, art. 5, como se citó en Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

Por otra parte,

El artículo 59 de la Constitución de 1886 establecía un límite claro al señalar que “(l) a Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización”. Bajo la vigencia de este marco constitucional y legal, el Consejo de Estado se ocupó de precisar el alcance del control previo, señalando que, si bien tal modalidad de fiscalización faculta a la Contraloría para verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto, en modo alguno podía llegar hasta la intromisión en las actividades propias de la Administración:

A la Contraloría le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la Administración activa (art. 59 de la C. N.). Una de las modalidades que ofrece esa vigilancia es el llamado ‘control previo’, que le permite a la Contraloría verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto (...) (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

En efecto, en sentencia C-716 de 2002, la Corte Constitucional determinó que la implementación del sistema previo del control fiscal buscaba precaver la comisión de irregularidades en el manejo de los bienes públicos, pues con el mismo se aspiraba a que “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” (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-716, 2002).

Sin embargo, se formularon objeciones a este modelo por cuanto: (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. En otras palabras, el órgano de control no ejercía un poder sancionador de carácter objetivo, *contrario sensu* se constituyeron como fortines políticos estigmatizados por ser burocratizados y con bajos niveles de eficacia en el cumplimiento de sus funciones.

Así pues, para 1991, se introdujeron debates a mencionar,

Es así como en uno de los informes de ponencia sobre el tema se admitió que [e]l control previo, generalizado en Colombia, ha sido funesto para la administración pública, pues ha desvirtuado el objetivo de la Contraloría al permitirle ejercer abusivamente una cierta coadministración, que ha redundado en un gran poder unipersonal del control y se ha prestado también, para una engorrosa tramitología que degenera en corruptelas. Asimismo, fue clara la intención del constituyente de evitar la interferencia de los organismos de control fiscal en la actividad administrativa de las entidades sometidas a control (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

De ahí que, como resultado de lo anterior, en la Constitución Política de 1991 se transformó el control previo a un control posterior y selectivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 267, en el cual se dispuso que:

La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley (Constitución Política de Colombia [C.P.], 1991, art. 267).

Según artículo 119 de la Constitución Política, “la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración” (C.P., 1991, art. 119).

Corolario a lo anterior, la Ley 80 de 1993 -Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública- prevé dentro de su compendio normativo con relación al control fiscal, a saber:

Artículo 65. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente, se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que estos se ajustaron a las disposiciones legales.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero de gestión y de resultados financieros en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. El control previo administrativo de los contratos les corresponde a las oficinas de control interno. Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden (Subrayado original).

Lo anterior, sin perjuicio del control preventivo y concomitante ejercido por parte de la Contraloría General de la República, el cual se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno (Ley 80, 1993, art. 65).

Por último, a través del Acto Legislativo 04 de 2019 se dispuso que el control fiscal también podrá ser preventivo y concomitante, sin embargo, tendrá carácter excepcional, no vinculante; en el cual su ejercicio y coordinación corresponderá exclusivamente al Contralor General de la Republica en materias específicas (Acto Legislativo 04, 2019, art. 1); control que, si bien se constituye en un modelo complementario al posterior y selectivo, respondiendo a la evolución de los contratos estatales; dicha medida se torna insuficiente, pues no obedece a las nuevas formas de corrupción y, al carecer de fuerza vinculante, no tendría los elementos suficientes para constituirse en un control integral.

Por su parte, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar acerca del control fiscal en los contratos estatales que **“debe ejercerse después de que se han cumplido los trámites administrativos de legalización de los contratos”**, esto es, cuando han quedado perfeccionados, durante su ejecución y después de terminados o liquidados...” (Subrayado y negrilla fuera de texto) (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

De ahí que, teniendo en cuenta lo descrito de manera antecedente, es a partir de 1991 cuando el Constituyente introdujo modificaciones sustanciales sobre esta materia, a saber, el control fiscal, protección del patrimonio público y de los bienes del Estado, la transparencia, moralidad, eficiencia y eficacia de la gestión pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

Frente a esta modalidad de control, el tratadista Brewer-Carías (2011), en un estudio denominado “La atención de desastres y el control fiscal en Colombia”, señaló:

Si bien es cierto que en la Constitución se hace referencia al control previo y selectivo cuando se regula el control fiscal como la función pública de vigilancia de la gestión fiscal atribuida a la Contraloría General de la República, por ello no puede interpretarse que el motivo de la reforma constitucional haya tenido por objeto reducir el control fiscal únicamente al control posterior, pues sería contradictorio con el contenido del artículo 267 de la Constitución (p. 24).

Con relación al control fiscal en el marco de la contratación estatal, la Ley 80 de 1993 precisa los distintos controles a que está sometida la actividad contractual, entre los cuales se encuentran: el control disciplinario a cargo de la Procuraduría General de la Nación, el control comunitario o ciudadano, el control interno de cada entidad y el control fiscal (Ley 80, 1993).

En efecto, se tiene que el control fiscal que se ejerce sobre la actividad contractual se realiza en dos oportunidades: (i) una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos, esto es, una vez se perfeccionan con el acuerdo de voluntades de las partes con el objetivo de verificar y/o constatar el cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal y (ii) una vez liquidados o terminados los contratos; es decir, sobre las cuentas y pagos derivados de él. Siendo así, es claro que el ejercicio del control fiscal sobre los contratos estatales comienza desde

el mismo momento en que la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización de los mismos.

En definitiva, el control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce de manera posterior y selectiva; es decir, a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución y posterior liquidación o terminación.

Lo anterior conlleva a concluir que la vigilancia fiscal se ejerce una vez el presupuesto se encuentra comprometido por parte de las entidades públicas, dejando al arbitrio el control fiscal preventivo desde la etapa de planeación y precontractual, admitiendo y posibilitando la ejecución de conductas irregulares, generando investigaciones fiscales tardías y una ineficiente protección de la moralidad pública en la contratación estatal.

1.2. Conceptualización de control fiscal posterior y selectivo en la vigencia de la Constitución de 1991 y el Acto Legislativo 04 de 2019

En los términos del artículo 113 de la Constitución Política de 1991, los diferentes órganos del Estado, entre ellos, la Contraloría General de la República, tienen funciones separadas (C.P., 1991, art. 113); es decir, se trata de un órgano autónomo e independiente.

Respecto a la gestión fiscal como noción básica, podría decirse que es el conjunto de todas las operaciones relacionadas con la administración, explotación o disposición de los recursos que integran el patrimonio de la Nación, de sus entidades descentralizadas, tales como el recaudo de fondos, la adquisición o enajenación de bienes y la ordenación de gastos e inversiones (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-716, 2002), por lo cual este control persigue proteger el patrimonio de la Nación y garantizar la legalidad y la correcta utilización de los recursos públicos.

Por su parte,

Se estableció la vigilancia de la gestión fiscal sobre todas las entidades públicas, y los particulares y entidades que manejen bienes o fondos de la Nación y se suprimió el control previo y perceptivo que fue reemplazado por el posterior y selectivo, que comprende: un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

De ahí que el control posterior y selectivo se ejecuta por parte del órgano de control con posterioridad a la intervención de la entidad contratante, quien se encarga de adelantar a cabo un juicio de valor acerca de si lo ejecutado se ajusta a la normatividad vigente y, en caso de que proceda, evaluar las presuntas irregularidades.

La Corte Constitucional también ha expresado que el control de la gestión fiscal tiene como la finalidad evitar la coadministración por parte del órgano de control cuando los sujetos vigilados no dependen de autorizaciones previas para la ejecución de sus actos, sino que son revisados una vez se hayan llevado a cabo. Por ello señala:

... la gestión fiscal como proceso de operaciones administrativas de explotación, disposición y administración de los recursos que constituyen el patrimonio de la Nación, de sus entidades descentralizadas, de los particulares así como el recaudo de fondos, la buena adquisición o enajenación de bienes e inversiones se hace en forma posterior y selectiva. Esta función tiende a evitar que el control incida negativamente en la administración, de manera que los sujetos de este control dependan de autorizaciones previas a la ejecución de sus actos, igualmente es selectiva en cuanto que no deben ser objeto de control todas las actuaciones, sino aquellas que la Contraloría estime deben ser revisadas, sin que se congestione la actividad administrativa de los sujetos controlados (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-167,1995).

Según pronunciamiento del Consejo de Estado, retomando a la Corte Constitucional, se estableció acerca de la vigilancia y el control fiscal:

(...) la vigilancia de la gestión fiscal se ejerce de manera integral puesto que ahora incluye el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal incluye también el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y la valoración de los costos ambientales.

La jurisprudencia constitucional ha aludido al sentido y alcance de los controles financiero, de gestión y de resultados. Entre otras, en la sentencia C-623 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló la Corte que: “En el control financiero se examina si los estados financieros reflejan el resultado de las distintas operaciones hechas por una entidad y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas constitucionales y legales y las relacionadas con los principios y reglas que rigen la contabilidad. En el control de gestión se analiza la eficiencia y la eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, lo cual se lleva a cabo mediante la evaluación de los procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño, y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad. En el control de resultados se establece el cumplimiento o logro de los objetivos, planes, programas y proyectos de la administración, en un periodo determinado”.

De acuerdo con lo señalado, la vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado. Estas medidas se enmarcan por la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-648, 2002, como se citó en Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Rad. 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442), 2020).

En este orden de ideas, un modelo de control fiscal que anticipe la consumación del daño coadyuvaría a la prevención de actos de corrupción, *máxime* cuando no se puede convertir en excusa y pretexto el temor hacia la coadministración para obstaculizar el desarrollo del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público.

Por su parte, la Corte Constitucional precisó:

Ante la demostrada ineficiencia e ineficacia del control fiscal que con carácter previo y perceptivo venían realizando tanto la Contraloría General de la República como las contralorías regionales, el constituyente de 1991 decidió introducir algunos cambios

sustanciales en esta materia, los que además de estar acordes con la concepción del Estado social de derecho tenía que cumplir los objetivos de interés general para los cuales fue creado, que no son otros que la protección de los bienes del Estado y del patrimonio público, la transparencia, moralidad, eficiencia y eficacia de la gestión pública y el cumplimiento de los fines del Estado.

Así pues, se estableció la vigilancia de la gestión fiscal sobre todas las entidades públicas, y los particulares y entidades que manejen bienes o fondos de la Nación y se suprimió el control previo y perceptivo que fue reemplazado por el posterior y selectivo, que comprende: un control financiero, de gestión y de resultados, basado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

...

El artículo 5 de la ley 42 de 1993 define los controles posterior y selectivo, así:

“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” (subrayas fuera del texto).

De acuerdo con esta definición legal el control posterior se realiza una vez se hayan “ejecutado” las distintas operaciones, actividades y procesos que serán objeto de él.

La selectividad significa que no se revisan todas y cada una de las actuaciones administrativas adelantadas por las entidades o los particulares que manejan fondos o bienes públicos, sino que, utilizando la técnica de muestreo, se examina solamente un grupo representativo de operaciones, cuentas u otros procesos relacionados con el gasto público que, a juicio de las Contralorías, sea suficiente para extraer conclusiones sobre los asuntos atinentes al control fiscal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

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

No obstante, ¿Qué tan efectiva es la vigilancia y control fiscal posterior y selectivo como regla general para el seguimiento a los contratos estatales? ¿Cómo se refleja la efectividad del control fiscal actual frente a los índices de impunidad relacionados con actos de corrupción en los contratos celebrados por entidades públicas?

Al respecto, se precisó que

En efecto la Constitución Política de 1991 dio una nueva dimensión al concepto de control fiscal en nuestro país y abrió un nuevo espacio para su ejercicio, cambiando la noción de control numérico por la de control de gestión y resultados, eliminando la modalidad de control previo por un moderno sistema de control posterior y selectivo (Velázquez, 1998, como se citó en Mira et al., 2001, p. 52-53).

Asimismo,

Para salvaguardar la autonomía del máximo ente de control fiscal, esta disposición mantuvo la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas inherentes a su propia organización, ya contenida en el artículo 59 inciso 2º de la anterior Constitución. Se ha destacado el carácter amplio e integral del modelo de vigilancia fiscal diseñado en la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

Según lo establecido en el artículo 267 de la Constitución Política y el artículo 9 de la Ley 42 de 1993, la vigilancia fiscal comprende un control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno. Tales controles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la citada ley, se efectúan con base en criterios de

Eficiencia, economía, equidad y 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 (Ley 42, 1993, art. 8).

En efecto, teniendo en cuenta el compendio normativo y jurisprudencial anterior, se trata de predicar del control posterior y selectivo como una herramienta eficiente para el seguimiento al buen uso de los recursos y bienes públicos y contribuir a la modernización del Estado; pero, en realidad, dicho instrumento fue una solución frente al daño que se produce al patrimonio público como consecuencia de la conducta en modalidad culposa o dolosa de quienes realizan el mencionado control fiscal.

Como quiera, el principal objetivo de la responsabilidad fiscal es resarcir los daños producidos al patrimonio público como consecuencia de la conducta en modalidad culposa o dolosa de quienes realizan el mencionado control fiscal, mediante el pago de una indemnización en dinero que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso (Mendoza, 2021).

Por último, la naturaleza del control fiscal comporta que este tenga lugar en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales. En tal sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

Contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos.

No obstante, esta amplitud del control fiscal, que se proyecta tanto en el ámbito de los sujetos sometidos al mismo, en los aspectos y criterios tenidos en cuenta, así como en los momentos y actividades en los que tiene lugar dicha fiscalización, ha de interpretarse en consonancia con la decidida apuesta del constituyente por eliminar el sistema previo e instaurar en cambio un sistema posterior de control fiscal, al igual que con la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-103, 2015).

2. ESTUDIO Y ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTROL POSTERIOR DE CONFORMIDAD CON SU REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La Contraloría General de la República, como ente de control fiscal, es el órgano autónomo e independiente encargado de llevar a cabo las investigaciones dirigidas a obtener el resarcimiento de los bienes o recursos que han sido objeto de detrimento patrimonial por parte de servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas. Por su parte, hoy en día se predica que el control fiscal se ejecuta en forma posterior y selectiva según los procedimientos y principios establecidos en la Ley 42 de 1993, Ley 610 de 2000, y Ley 1474 de 2011.

De esta manera,

El cambio del control previo y preceptivo a posterior y selectivo, debe entenderse como una política del fortalecimiento de la institucionalidad del Estado, en el sentido de dar más discrecionalidad al funcionario, pero principalmente no limitar el control a un aspecto meramente financiero, sino ir más allá hasta la verificación de la calidad de los resultados de las obras que se realizan. Sólo de esta forma se puede entender que existe una real garantía social del cumplimiento de los deberes del Estado para sus coasociados.

De esta forma lo entendió el legislativo, y así se encuentra consignado en la exposición de motivos de la Ley 42 de 1993, en la que se aprecia que se propende por evaluar la calidad e impacto de las acciones de la administración pública. Lo anterior indica que la moralidad que debe observar el administrador de recursos del Estado en sus acciones es uno de los aspectos que será valorado por la Contraloría en el ejercicio del control fiscal (Maldonado, 2014, p. 145).

Empero ¿el control fiscal posterior y selectivo es oportuno para garantizar el cumplimiento de los principios de la contratación estatal y de la función pública?, dicho control fiscal, ¿materializa su objetivo esto es, la protección del patrimonio público y de los bienes del Estado?

Desde la óptica de la eficacia para el cumplimiento de los principios, en primera medida, es preciso señalar que el artículo 209 constitucional constituye el fundamento de los principios sobre los cuales debe regirse la función administrativa. A su vez, la Ley 80 de 1993, en su artículo 23 y siguientes, señala los principios de la contratación estatal, a saber, transparencia, economía y responsabilidad (Ley 80, 1993, art. 23). En materia jurisprudencial, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en distintos pronunciamientos han determinado el alcance de los principios y su importancia dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En este orden de ideas, si bien el control fiscal posterior y selectivo busca evaluar los resultados obtenidos con el gasto o la inversión, se tornan insuficientes, toda vez que se permite la celebración y ejecución de procesos de contratación que, en la mayoría de casos, no satisfacen los principios establecidos en la Constitución y la recuperación de los recursos se torna imposible.

De esta manera, tener claro la importancia de la implementación de un modelo que maximice los resultados del control fiscal va a permitir evitar el detrimento del patrimonio público, identificar las causas o vicios de ilegalidad o de inconstitucionalidad en la contratación estatal, prevenir la corrupción y garantizar la oportunidad de la intervención de la Contraloría. Pues puede esperarse que las causas de la corrupción aumenten con el grado de ineficiencia en el cual se desarrolla las actividades institucionales, con la omisión de los funcionarios, con el grado de monopolio sobre servicios, con los ingresos que pueden obtenerse en las actividades corruptas, con una baja probabilidad de ser descubierto con unos bajos castigos para las actividades corruptas y una mínima intervención de las entidades de control (Fernández y Gonzalez, 2019).

En efecto, hasta el año 2016, según las cuentas de la Auditoría General,

De cada 1.000 pesos en procesos de responsabilidad fiscal solo se recuperan 40 (el 4 %) (El Tiempo, 2016, párr. 3).

...

Las estadísticas de la Auditoría General, muestran que en el último cuatrienio (2012 a 2015), del presupuesto total de esos años: 406 billones de pesos, solo se les puso la lupa a 312 billones, es decir, el 76,8 por ciento (El Tiempo, 2016, párr. 6).

Al respecto, Nova (s.f.), precisó acerca del alcance del cambio a modelo posterior y selectivo desde la óptica de la reducción de la corrupción a saber:

Por esta razón, en interpretación de la Corte Constitucional, se prohibió a la Contraloría ejercer la función preventiva del control fiscal al asimilarlo al control previo. Para contrarrestar esta situación, se presentó en el Congreso de la República el acto legislativo No. 04 de 2019 que buscó desarrollar una normativa que le diera vía libre al control preventivo y concomitante, en tiempo real, para que la Contraloría pueda actuar con criterio preventivo y no llegar cuando los hechos ya estuvieran consumados. Los resultados están por verse (párr. 7).

¿Pero cuál ha sido el rol del control fiscal en la reducción de la corrupción? Al mirar los informes de transparencia internacional para Colombia durante los años 1995 (primer informe del índice de percepción de la corrupción – IPC) y 2020, no se evidencia un cambio importante en la mejora del indicador. En efecto, el IPC, que clasifica a los países menos corruptos con puntajes cercanos a 100, presenta a Colombia en el puesto 31 (entre 41 países), con 34 puntos en 1995 y en el puesto 92 (entre 180 países), con 39 puntos en 2020. Con estos datos se destaca que en materia de control fiscal todo cambió para seguir igual (párr. 8).

A su vez, se indicó que “el control fiscal concomitante y preventivo, complementario al control posterior selectivo” (Gaceta del Congreso No. 432, 2019, p. 20) es el primer acápite propuesto para la reforma fiscal. Allí se destaca que, ante el actual modelo de control solo actúa después de la ocurrencia del daño, es decir cuando este se ha materializado: 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.

En virtud de lo anterior y de conformidad con lo previsto en el artículo 6 Constitucional, bajo un examen previo ejercido por parte de la Contraloría a los contratos seleccionados, las autoridades fiscales iniciarían las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

Si bien mediante Acto Legislativo 04 de 2019 se contempla el control preventivo y concomitante como una herramienta para la vigilancia al manejo de los recursos públicos, se contempla de carácter excepcional; es decir, sigue siendo una medida insuficiente para la garantía y protección del erario.

Bajo esta perspectiva, se realizaría un control *integral*, puesto que cubre desde el mismo momento en que la entidad recibe los recursos que le han sido asignados, incluyendo el proceso de su manejo o utilización, hasta la evaluación de los resultados obtenidos con su inversión.

No obstante, es pertinente señalar que:

El control fiscal es muy distinto del control de resultados. El fiscal refiere al presupuesto, se refiere a si el funcionario correspondiente encuadra sus gastos dentro del marco de autorizaciones que en otra cosa es el presupuesto aprobado por el Congreso, y así verificará si existe un crédito para determinado objetivo y verificará si la partida todavía alcanza para ejecutar el gasto, es lo que se conoce como el control numérico legal. El control de resultados, por el contrario, hace referencia a las acciones de la administración, a los planes y programas de desarrollo y contrasta los recursos con los resultados obtenidos y los resultados obtenidos con los objetivos y las metas preestablecidas de manera que estamos hablando de cosas que de común solo tienen la palabra control, fuera de eso no tienen en común absolutamente nada [...] creo que sería un grandísimo error; un error que probablemente si esta Constitución lo llegará a cometer, no se lo perdonaría en el futuro, pretender entregarle un instrumento nuevo de tanta importancia para lograr la eficiencia del Estado a una institución burocratizada, clientelizada, unos funcionarios que tienen una manera de

actuar y una mentalidad determinada, eso es un nicho de clientelismo y vamos a esterilizar ese instrumento formidable del control de resultados (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, como se citó en González y Mosquera, 2020, p. 76).

De ahí que el modelo de control fiscal vigente se torna limitado e insuficiente, pues este modelo no permite enfrentar la corrupción ni la mala administración de los recursos públicos.

Ahora bien, la contratación estatal es uno de los más importantes instrumentos con que cuenta la administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y garantías de los asociados. Por esta razón, el control fiscal que se ejerza sobre tales actos debe ser oportuno, celer y eficiente, pues allí están comprometidos intereses generales.

Cabe advertir que, si bien los órganos de control, en cumplimiento de sus funciones y en garantía de los fines estatales consagrados en el artículo 2 Constitucional, realizan distintos requerimientos para acceder a los contratos celebrados por entidades estatales y solicitudes de información dirigidas a conocer acerca del procedimiento y/o actuación que lleva a cabo la administración; su intervención puede cuestionarse como insuficiente, toda vez que no está dirigida, ni tiene como finalidad la aplicación de los principios de la función administrativa ni de la Ley 80 de 1993. *Contrario sensu*, la Contraloría General de la República tiene como propósito principal ejercer control fiscal sobre los recursos o bienes pertenecientes al Estado. No obstante, dichos recursos no logran ser recuperados en su totalidad, dejando a un lado la necesidad de un modelo de evaluación de resultados del modelo fiscal que trascienda lo financiero, presupuestal y contable, dando prioridad a la vigilancia de la gestión y resultados.

Adicionalmente, si bien la intención del Gobierno nacional a través de la Ley 1474 de 2011-estatuto anticorrupción-, puede considerarse como loable, no logra su cometido frente a sus destinatarios. El sector público a nivel nacional, departamental y territorial es muy extenso; por lo tanto, buscar alinear a la ley a un sector tan amplio con miles de funcionarios y con tanta diversidad en los territorios que, además, enfrentan dificultades sociales, se ha transformado en un reto que a veces parece inalcanzable. No obstante, el estatuto anticorrupción del 2011 se estableció como bandera

de lucha en contra de la corrupción. Empero, con ocasión al insuficiente y limitado modelo de control fiscal vigente se tiene que no genera resultados frente a los problemas de la contratación estatal, entre ellos, prescripciones y archivo de procesos por la imposibilidad de demostrar el hecho punible; deficiente planeación (ausencia de estudios previos, inapropiada selección del contratista, sobrecostos, falta de claridad en pliegos o términos de referencia); omisión de requisitos del contrato o deficiencia de estudios de factibilidad, etc.

Sin embargo, en la práctica, las actuaciones de los ciudadanos se han enmarcado en dos hechos determinantes: (i) adecuarse a todas las condiciones legales para aparentar condiciones justas y transparentes en todas y cada una de las etapas contractuales y (ii) hay cientos de kilómetros entre la conducta corrupta y la sanción; el brazo de la justicia anticorrupción es muy débil y se limita a fallar de vez en cuando y de forma lenta. Ante tanta debilidad e ineficiencia, se genera un ambiente de calma para los corruptos, lo que puede traducirse en que todas las leyes con sanciones duras nazcan muertas dentro del marco legal colombiano.

En definitiva, es necesaria e imperativa la vigilancia de los órganos de control, pero con una mirada dirigida a lograr el cumplimiento de los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, *máxime* cuando la trascendencia de lo que se ha denominado “principios” ha logrado ganar tanto terreno que hoy en día pueden, incluso, establecer qué tan democrático es un Estado social de derecho.

No obstante, no debe dejarse de lado la responsabilidad que debe tener cada servidor público que, dentro de sus funciones, se encuentre de manera implícita el imperativo del cumplimiento de los principios, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano, los principios no son los finales de una poesía bien escrita; por el contrario, son mandatos que se encuentran incluidos en las distintas normas y que se constituyen como eje transversal y criterio orientador de toda actuación administrativa.

3. RETORNO AL CONTROL PREVIO COMO PREMISA DE PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Es preciso señalar que, en vigencia del Decreto 925 de 1976, se indicaba que:

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 (Decreto 925, 1976, art. 2).

Por su parte, la Ley 42 de 1993 señala expresamente que:

El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad (Ley 42, 1993, art. 12).

Desde el derecho comparado,

... El tribunal de cuentas de Francia, fue creada por Napoleón I en 1807, el cual está dotado de una estructura parecida a la del consejo de estado y es integrado por funcionarios inamovibles, con calificaciones muy estrictas, con una probada experiencia en el conocimiento y administración de la hacienda pública.

Dentro de este tribunal se distinguen dos clases de tareas, las jurisdiccionales y las que no lo son, en la primera, la función fundamental asignada al tribunal de cuentas de Francia consiste en juzgar las que deben presentar funcionarios que manejen fondos públicos, revisando si se ajustan a las reglas de contabilidad pública, dentro de las no jurisdiccionales está la de asistir al parlamento y al gobierno en el control de la ejecución financiera, también se encuentran dentro de estas, las que se aplican sobre la seguridad social, las empresas públicas, los organismos parafiscales y un control sobre la legalidad de los impuestos municipales, con el objetivo de informar al ministerio de hacienda sobre lo sucedido.

...

Para resaltar la existencia desde 1948 de un Tribunal con competencia sobre disciplina presupuestal, el cual se encontraba integrado por miembros de la Corte y el Consejo el Estado, el cual su misión el examen de

la responsabilidad de los funcionarios, por vulneración de las normas sobre presupuesto y administración de bienes del Estado, teniendo en cuenta que podían ser acreedores de sanciones si llegasen a ser responsables de dicha conducta (Jiménez, 2019, pp. 45-46).

En el mismo sentido, Jiménez (2019) menciona que,

Es completamente autónomo en el desarrollo de sus funciones, de igual forma juzga a los responsables de bienes y fondos públicos por las violaciones legales a las que se encuentren inmersos durante su gestión o actividad administrativa. Otras de sus funciones son; auditar tanto la administración nacional como a los organismos autónomos, corporaciones locales, sociedades y empresas estatales del sector privado que manejen dineros del Estado, también realiza un control de legalidad y regularidad contable, contando también con la facultad para establecer los grados de eficacia, eficiencia y economía en la gestión de los recursos públicos, anualmente presenta ante las Cortes un informe con los resultados del examen y comprobación de la cuenta general del Estado, la cual se llama declaración definitiva, en el mismo tiempo rinde un memorial relacionando todas sus labores incluyendo su actividad jurisdiccional (p. 47).

El Contralor General de la República presentó un proyecto de acto legislativo con el fin de complementar al control posterior y selectivo con el control fiscal concomitante y preventivo. A su vez, pretendía solventar el fenómeno de la corrupción identificando los daños al erario previo a que se materialice. En efecto, se señaló:

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, mientras el daño al patrimonio tiene lugar y se consolida (Córdoba, 2019, como se citó en González y Mosquera, 2020, p. 83).

De ahí se puede inferir que, en efecto, un control previo busca la adopción de medidas y la realización de diligencias necesarias para verificar el manejo de los recursos públicos bajo criterios de eficiencia y eficacia.

La sentencia C-382 de 2008 enmarca una definición del control fiscal, donde la Corte Constitucional indica que:

La jurisprudencia constitucional se ha referido a la función de control fiscal, definiéndola como el instrumento idóneo para garantizar el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado. A partir de tal definición, ha señalado que el ejercicio de esa atribución implica un control sobre la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, con el propósito de determinar si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-382, 2008).

En efecto, el actual modelo de control fiscal posterior y selectivo que ejerce el órgano de control es insuficiente para responder a los conflictos derivados de la gestión fiscal de las entidades públicas, pues no responden a una gestión de evaluación y resultados eficiente, comoquiera que no ha demostrado avances significativos o positivos que evidencien una adecuada y/o apropiada aplicación de los principios de la función pública o de la contratación estatal en los procesos de contratación; según sea el caso.

En consecuencia, el control fiscal previo debe aplicarse como una medida de vigilancia complementaria al control posterior selectivo, pues este último solo opera y/o actúa posterior a la ocurrencia del daño; esto es, cuando se encuentra materializado. Por lo tanto, este control con ocasión de la recuperación del patrimonio público resulta insuficiente, innecesario e irracional; generando una barrera para la protección efectiva del patrimonio público, que constituye el:

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” (Gaceta del Congreso No. 432, 2019, p. 20).

Lo anterior deja en evidencia la necesidad y pertinencia de un control previo que permita que el control posterior y selectivo sea efectivo, *máxime* cuando la Contraloría no intervendrá de manera amplia y/o abstracta, pues sus funciones se ejercerían dentro de un marco dirigido al riesgo o daño potencial. En efecto, al ente de control no se le otorgaría una naturaleza de coadministración, sino un alto grado de eficiencia y eficacia en el ejercicio

de sus funciones, en especial las encaminadas a proteger y defender el patrimonio y no únicamente la de identificar y registrar el daño una vez se configura, para proceder a su posterior enjuiciamiento y cobro.

Adicionalmente, Moreno (2002, como se citó en Jiménez, 2019) menciona que:

Es por ello que cuando se considere que el marco de funciones, vigente actualmente, sea insuficiente para responder a los conflictos que se deriven de la gestión fiscal de las entidades públicas, deberá hacerse la revisión correspondiente para evaluar la necesidad de modificarlas o aumentarlas, cabe señalar que también se pueden reducir funciones, con lo que permitiría que una función sea más eficiente, cuando el resultado de la misma no aporte resultados positivos (p. 54-55).

En efecto, el control previo no conllevaría a un juzgamiento de las actuaciones. *Contrario sensu*, permite establecer inconsistencias presentadas al interior del proceso de contratación a título de advertencia para evitar la configuración del daño o en el caso de que se produzca.

Además, el control fiscal previo, como una prerrogativa del ente fiscalizador, permitirá garantizar el cumplimiento de los requisitos y formalidades desde la etapa precontractual. Ahora bien, este control no se reflejará como un obstáculo o intervención indebida para el manejo de los recursos públicos por parte de la entidad pública, sino que se convertirá en un mecanismo de verificación y legitimación de los intereses generales.

Si bien la función de control fiscal en cabeza de la Contraloría tiene una naturaleza independiente y autónoma, su alcance y eficacia se circunscribe a la ausencia de inmediatez de su actuar. Hoy en día, el ente de control presenta niveles bajos de recaudo o recuperación de los recursos públicos del Estado.

De esta forma,

Este ente no solo está en la obligación legal de pronunciarse en forma posterior y selectiva sobre la gestión y resultados del manejo de los recursos y bienes públicos; sino que debe advertir con criterio técnico, preventivo o proactivo, a los gestores públicos, del posible riesgo que se pueda presentar por conductas que afecten el patrimonio público y el cumplimiento de los

fines del Estado al que se destina dicho patrimonio (Dávila y Tinoco, 2019, p. 39).

Es importante resaltar que la supresión del control previo en el ordenamiento jurídico conlleva a limitar el ejercicio de una vigilancia integral por parte del ente fiscal, puesto que, al presentarse inconsistencias e irregularidades durante el proceso de contratación estatal, el ente fiscalizador se limita en su actuar y, por lo tanto, no puede evitar los efectos nocivos y riesgos de manera oportuna. Por el contrario, interviene cuando el daño está consumado. Finalmente, las irregularidades presentes en los procesos de responsabilidad fiscal tienen origen principalmente en la falta de capacitación de funcionarios y la falta de recursos. Por ello, para que el control fiscal posterior pueda ser efectivo, debe ir acompañado de la agilidad en los trámites para evitar perpetuar los efectos nocivos de una irregular gestión fiscal, así como la imposibilidad de reintegro de los dineros disipados.

Cabe advertir que el nuevo sistema se edifica sobre dos procesos: temporal y formal. El primero se refiere al momento en el cual el órgano de control puede intervenir para evitar que se cause un daño a la nación. El segundo, por su parte, se refiere a que esta intervención sea adelantada solo cuando exista un riesgo inherente a la gestión; es decir, “aquel al que se enfrenta una entidad en ausencia de acciones por parte de la dirección para modificar su probabilidad o impacto” (Presidencia de la República, Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018, p. 7).

En ese sentido, el componente formal impide que el control se convierta en previo, dado que no sería sobre el universo de actuaciones administrativas como se desarrolla la gestión fiscal, sino sobre aquel en el que se identifique un riesgo inherente, es decir, actual (Blanco, 2015, como se citó en González y Mosquera, 2020, p. 85)

En conclusión, se debe implementar un control previo como prerrogativa permanente y de carácter general en el tema de contratación estatal, con la finalidad de contrarrestar la corrupción al interior de la administración pública donde los recursos de carácter público se pierden con la actividad contractual del Estado.

Comoquiera, es importante destacar que, como fuente de recursos de la contratación estatal, entre otros, se encuentran los recursos del

Sistema General de Regalías provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables y que, de conformidad con lo previsto en el artículo 361 de la Constitución Política, deben invertirse en el financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales, en educación, ciencia, tecnología e innovación, entre otros (C.P. 1991, art. 361). Por lo tanto, se encuentra justificada la vigilancia y control fiscal sobre estos recursos, pues lo contrario conllevaría a una responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal.

Por su parte, si bien se promueve la implementación de un control previo que complemente el control posterior y selectivo, dicho control debe ejercerse de manera selectiva, comoquiera que sería una carga laboral desproporcionada al ente fiscalizador. Por ende, se ejercería bajo criterios de selectividad, lo que significa que

... No se revisan todas y cada una de las actuaciones administrativas adelantadas por las entidades o los particulares que manejan fondos o bienes públicos, sino que utilizando la técnica de muestreo, se examina solamente un grupo representativo de operaciones, cuentas u otros procesos relacionados con el gasto público que, a juicio de las Contralorías, sea suficiente para extraer conclusiones sobre los asuntos atinentes al control fiscal (Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, C-623, 1999).

De ahí que, como criterios de selección se tendrán aquellos que permitan que la Contraloría, como ente de vigilancia, ejerza un control previo a los procesos de contratación en garantía del patrimonio público en virtud de la cuantía y relevancia del objeto contractual y su relación con el interés general, como es el caso de los recursos del Sistema General de Regalías.

En virtud de lo anterior y de conformidad con lo previsto en el artículo 6 constitucional, bajo un examen previo ejercido por parte de la Contraloría a los contratos seleccionados, las autoridades fiscales iniciarían las acciones de responsabilidad correspondientes contra los servidores estatales o los particulares que manejen fondos o bienes públicos, que hayan incurrido en violación de las normas que rigen la materia, o en extralimitación u omisión de sus funciones. Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

CONCLUSIONES

En definitiva, es preciso señalar que el control fiscal posterior y selectivo presenta deficiencias y no es efectivo al momento de proteger y recuperar los recursos públicos y bienes del Estado en el marco de la contratación estatal. El anterior defecto se refleja o es el resultado del ejercicio de un control fiscal inoportuno, impertinente e inadecuado, toda vez que su intervención, vigilancia y control se limita cuando se genera un daño al erario. *Contrario sensu*, un control responsable es aquel que vigila bajo criterios de oportunidad y eficiencia y evita el mal uso de los recursos públicos, así como la asignación caprichosa, arbitraria y discrecional de los mismos.

Por lo tanto, es cuestionable si el cambio sustancial incorporado en la Constitución Política de 1991 de un control previo a un control posterior es oportuno, pues si la intervención del ente de control se limita cuando el daño se ha consumado, entonces estaríamos frente a un actuar negligente y extemporáneo por parte del organismo de fiscalización.

De ahí que, si bien es imperativa la necesidad de complementar el control posterior con el control previo y selectivo en la contratación estatal bajo criterios de cuantía y relevancia del objeto contractual y su satisfacción frente el interés general, el ente de control debe limitar su vigilancia y control fiscal a funciones de protección y advertencia, evitando convertirse en una intervención y coadministración.

REFERENCIAS

Brewer-Carías, A. (Febrero, 2011). *La atención de desastres y el control fiscal en Colombia*. Trabajo presentado en el Seminario sobre Desastres naturales: experiencias y retos del control fiscal de la Contraloría General de la República, Bogotá, Colombia. <https://tinyurl.com/mwe6nwj2>

Congreso de la República de Colombia. (26 de enero de 1993). Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. [Ley 42 de 1993]. DO: 40.732.

Congreso de la República de Colombia. (28 de octubre de 1993). Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. [Ley 80 de 1993]. DO: 41.094

- Congreso de la República de Colombia. (31 de mayo de 2019). Gaceta del Congreso. [No. 439]. https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/textos%20radicados/ponencias/2019/gaceta_439.pdf
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (28 de mayo de 2020). Rad. 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442) [C.P.: González, E.].
- Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (11 de marzo de 2015). Sentencia C-103 de 2015 [M.P.: Calle, M.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (20 de abril de 1995). Sentencia C-167 de 1995 [M.P.: Morón, F.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (23 de abril de 2008). Sentencia C-382 de 2008 [M.P.: Escobar, R.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (25 de agosto de 1999). Sentencia C-623 de 1999 [M.P.: Gaviria, C.].
- Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena. (3 de septiembre de 2002). Sentencia C-716 de 2002 [M.P.: Monroy, M.].
- Dávila, J. D. y Tinoco, G. E. (2019). *Análisis del proceso de control posterior y selectivo para el ejercicio del control fiscal en cabeza de la Contraloría Distrital de Santa Marta* (Trabajo de Pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia). Archivo digital. <https://repository.ucc.edu.co/server/api/core/bitstreams/ed8d6387-434d-4b20-baed-464701993352/content>
- El Tiempo. (2016). *Contralorías rescatan 40 de cada \$1.000 de recursos embolados*. <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/recursos-publicos-recuperados-por-la-contraloria-40208>
- Fernández, J. L. y Gonzalez, F. J. (2019). Estrategia para ejercer un mejor control fiscal en los contratos estatales con aplicación al control previo. *Derectum*, 4(2), 27-42. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/derectum/article/download/6120/5640/13533>

- González, A. y Mosquera, L. (2020). Del control previo y perceptivo al posterior y preventivo: estudio de la trayectoria en el control fiscal en Colombia (1991-2019). *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 15(1), 71-90. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/5742/5615>
- Jiménez, W. R. (2019). *El control fiscal posterior y selectivo en Colombia y su eficacia desde la jurisprudencia después de la Constitución de 1991* (Tesis de especialización, Universidad la Gran Colombia). Archivo digital. <https://repository.ugc.edu.co/server/api/core/bitstreams/73cf939a-682d-4d4a-8ab4-879aa1169415/content>
- Maldonado, M. I. (2014). El control fiscal y su ajuste dentro del Estado Social de Derecho. *Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS*, 44(120), 129-152. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v44n120/v44n120a06.pdf>
- Mendoza, M. A. (2021). *Control preventivo y concomitante en las contralorías territoriales* (Tesis de maestría, Universidad de los Andes). Archivo digital. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/665ed35d-8547-4806-9632-69a28352edd0/content>
- Mira, J. C., Meza, C. y Vega, D. (2001). *El control fiscal en Colombia* (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana). Archivo digital. <https://apidspace.javeriana.edu.co/server/api/core/bitstreams/ccf21d66-34af-42cd-b002-f43846b1a2db/content>
- Nova, G. E. (s.f.). *Análisis: El control fiscal: todo cambió para seguir igual*. <http://www.cid.unal.edu.co/node/5284>
- Presidencia de la República de Colombia. (11 de mayo de 1976). Por el cual se determinan los procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance que debe tener el control previo y la contabilidad general de la Nación y se dictan normas sobre estadística. [Decreto 925 de 1976]. DO: 34.568
- Presidencia de la República de Colombia. (18 de septiembre de 2019). Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal. [Acto Legislativo 4 de 2019]. DO: 51.080

Presidencia de la República, Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018). *Guía para la Administración de los Riesgos de Gestión, Corrupción y Seguridad Digital y el Diseño de Controles en Entidades Públicas*. <https://tinyurl.com/nt6xp6p7>