

**LA RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS CONTRATISTAS PÚBLICOS  
EN COLOMBIA**

**AUTOR: LEIDY YAZMÍN PARDO REYES**



**DIRECTOR: DOCTOR ÁLVARO NAVAS PATRÓN**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**BOGOTÁ D.C.**

**DICIEMBRE DE 2019**

## CONTENIDO

<b>Resumen</b>	<b>3</b>
<b>Introducción</b>	<b>4</b>
<b>Capítulo 1: El marco normativo del Control Fiscal de los contratistas públicos.</b>	<b>10</b>
Título 1. El control fiscal de los contratistas públicos en Colombia.	10
Título 2. Que contratos a nivel doctrinal y jurisprudencial son objeto de “Control Fiscal”	17
<b>Capítulo 2: Fundamentos jurídicos de la responsabilidad fiscal de los contratistas.</b>	<b>21</b>
Título 1: La gestión de recursos públicos como ejercicio de la “Gestión Fiscal” Análisis doctrinal y jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.	21
Título 2. ¿Qué es la “Responsabilidad fiscal”?	30
<b>Capítulo 3: Régimen jurídico de la responsabilidad fiscal en las tipologías contractuales</b>	<b>36</b>
Título 1. Régimen jurídico de los contratistas en Colombia (normas aplicables a los contratos).	36
3.1.1. La responsabilidad fiscal en los contratos de obras públicas.	37
3.1.2. La responsabilidad fiscal en los contratos de Concesión	41
3.1.3. La responsabilidad fiscal en los contratos de fiducias públicas.	42
3.1.4. La responsabilidad fiscal en los contratos de supervisión e interventoría.	51
3.1.5. La responsabilidad fiscal en los contratos interadministrativos	54
3.1.6. La responsabilidad fiscal en los Contratos de Consultoría:	60
3.1.7. Responsabilidad fiscal en el Contrato de prestación de servicios (Apoyo a la supervisión de Contratos)	65
3.1.8. La responsabilidad fiscal en los Contratos Interadministrativos:	68
<b>Capítulo 4: Aplicación del régimen de responsabilidad fiscal</b>	<b>71</b>
Título 1. Procedimiento de auditoría por parte de las contralorías y aplicación normativa en los procesos de responsabilidad fiscal.	71
Título 2- Aplicación del régimen de responsabilidad fiscal por los órganos de control a los contratistas públicos.	75
<b>Conclusiones</b>	<b>86</b>
<b>Bibliografía</b>	<b>89</b>

## **RESUMEN**

La responsabilidad fiscal ha sido objeto de importantes controversias e interpretaciones sobre las condiciones jurídicas que deben reunirse para efectos de calificar los contratistas públicos como gestores fiscales por parte de las Contralorías. No obstante, la falta de regulación específica sobre la materia impone una calificación jurídica que partiendo del marco constitucional, legal y reglamentario pero complementado con la jurisprudencia y la doctrina nos permita diferenciar las tipologías contractuales de la Ley 80/93 a fin de precisar la calidad de gestor fiscal y proceder a hacerlo responsable fiscal si se demuestra un eventual detrimento por sus acciones u omisiones.

**PALABRAS CLAVE:** Gestor fiscal, instrumentos teóricos, administrar y disponer, presunto responsable.

## INTRODUCCIÓN:

En Colombia el desarrollo de la gestión fiscal corresponde al ejercicio de una función administrativa a cargo del Estado circunscrita por fuentes jurídicas formales como la ley o el acto administrativo. En un sentido material la gestión fiscal implica la destinación y utilización de fondos o recursos públicos requeridos y aplicados a los planes y programas de la administración para la satisfacción de las necesidades del conglomerado social a fin de asegurar el bienestar general.

Para asegurar el buen uso de los recursos públicos se ha establecido un sistema de “Control Fiscal” que se inscribe a su vez en un modelo de Estado descentralizado en el que concurren órganos de control del nivel nacional y territorial en el marco del principio de autonomía consagrado en la constitución. En desarrollo de esta función el legislador ha claramente precisado que el objetivo principal del control de la gestión fiscal busca garantizar la “adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”<sup>1</sup>.

El control fiscal en Colombia responde a un modelo que integra en un mismo órgano el proceso de auditoría y el proceso de responsabilidad fiscal de los funcionarios y personas privadas considerados como gestores fiscales a la luz de la normativa que regula la materia. Así las cosas, encontramos en la Constitución Política y en distintas normas legales y reglamentarias un marco normativo que asigna a la Contraloría General de la República -Órgano constitucional con autonomía

---

<sup>1</sup> Ley 610 del 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías” artículo 3.

administrativa y presupuestal- y a las contralorías territoriales, el ejercicio del control fiscal y la función de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal con un ámbito de competencias claramente definido. De tal manera que la función fiscalizadora opera principalmente para quienes detentan la calidad de servidores y funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones tengan bajo su responsabilidad la gestión de recursos públicos nacionales o territoriales. Ahora bien, de manera excepcional también se ha encomendado la función de gestionar recursos públicos a agentes privados como las cámaras de comercio, las cajas de compensación y de manera particular al contratista estatal.

Es por ello que el “Contrato Estatal”, se ha convertido en un instrumento que de forma directa o indirecta atribuye la obligación de administrar recursos públicos en cabeza de particulares como colaboradores de la administración, no obstante la falta de regulación específica sobre la materia, esto es un código o norma que brinde las garantías legales y la seguridad jurídica necesaria, genera dudas sobre las condiciones necesarias para determinar que el contratista es un “Gestor Fiscal”. Este factor es determinante al momento de realizar el límite de la capacidad de los órganos de control para atribuir en un primer momento, que el contratista puede ser un responsable fiscal de la administración y así adelantarse un proceso en su contra, lo cual implica que desde el punto de vista práctico y bajo cualquier contexto contractual, que el órgano de control de apertura a procesos a la luz de la Ley 610 del 2000.

En efecto, la ausencia de una clara e inequívoca definición y delimitación de las condiciones requeridas para la calificación de un contratista como gestor fiscal conduce a una indefinición sobre la competencia de los órganos de control y la eventual atribución de responsabilidad fiscal derivada de un mal ejercicio de sus funciones contractuales. Por estas razones y a fin de aportar luces sobre la temática propuesta, procederemos a precisar y delimitar -a la luz del régimen de control y responsabilidad fiscal- las condiciones bajo las cuales es predicable atribuir una responsabilidad fiscal a cierta categoría de contratistas. A fin de ofrecer una mayor

claridad sobre el tema de estudio procederemos a examinar el concepto de “Gestor Fiscal”, a la luz de lo previsto en normas de rango constitucional y legal y procediendo a una diferenciación según el tipo de contrato a fin de precisar si su objeto implica funciones de gestión fiscal en su calidad de colaborador de la administración y en virtud de un contrato estatal. Para ello, es necesario abordar y analizar las diferentes tipologías contractuales a fin de precisar en qué casos y bajo qué condiciones es predicable una gestión fiscal atribuible al contratista, poder proceder a calificar un eventual incumplimiento y si es susceptible de generar una responsabilidad fiscal por los daños que le sean atribuibles por sus acciones u omisiones.

En tal sentido, vale la pena preguntarse, ¿En qué condiciones contractuales y legales se puede calificar al contratista como gestor fiscal y proceder a vincularlo a un proceso de responsabilidad fiscal ante un eventual menoscabo de recursos públicos? y ¿En presencia de un marco jurídico indeterminado como orientar a operadores jurídicos y al órgano de control en su función fiscalizadora de los contratistas públicos?

Para dar respuesta a estos interrogantes, el presente trabajo de investigación tiene como **Objetivo general**, determinar en qué casos la ejecución de un objeto contractual, conforme a su naturaleza jurídica, podría dar lugar a adelantar un proceso de responsabilidad fiscal a un contratista. Esto con el fin de que la función fiscalizadora de los órganos de control sea eficaz y particularmente al considerar que existen otros mecanismos o procedimientos disponibles como el de “Controversias Contractuales” regulado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, o por acciones civiles o penales que regulen la materia.

Para ofrecer una mayor claridad propondremos en el marco de este trabajo de investigación una línea de análisis y argumentación orientada a identificar y precisar

los conceptos fundantes de la responsabilidad de los contratistas de la administración. Para lo anterior, procederemos a hacer un análisis normativo, jurisprudencial y a nivel de la doctrina para apreciar casos concretos que nos permitan ilustrar el objeto estudiado y validar la hipótesis propuesta en este trabajo. La metodología de investigación y la principal línea de análisis y estudio partirá de poner en evidencia la valoración de las funciones constitucionales y legales del control y de la responsabilidad fiscal aplicables a los contratos estatales. Corresponde por su parte a la Contraloría General de la República según lo establecido en el numeral 5 del artículo 267<sup>2</sup> de la Constitución Política de Colombia: “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 (...)”, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 610 del 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es determinante analizar cuáles han sido las posiciones legales, doctrinales y jurisprudenciales en Colombia sobre el tema objeto del presente estudio y del contexto general que orienta y circunscribe la calificación de la “Gestión Fiscal”, y a la luz de lo fijado por el Consejo de Estado<sup>3</sup>, al estimar que: “La gestión fiscal es el elemento determinante de la responsabilidad fiscal, se cumple siempre y cuando el particular, maneje o administre fondos o bienes del Estado que le hayan sido asignados o confiados”.

Para ello también es necesario poner de presente que distintos autores y tratadistas han formulado distintas apreciaciones y pronunciamientos sobre el concepto de gestión fiscal, que no solo son útiles como referencias doctrinales en la investigación, sino también como aportes de conocimientos y valoraciones prácticas

---

<sup>2</sup> Constitución Política de 1991, artículo 267 modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019.

<sup>3</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, de 12 de Noviembre de 2015. Exp. 05001-23-31-000-2004-01667-01 CP: María Claudia Rojas Lasso.

y teóricas al proceder a análisis de casos concretos, los cuáles se verán reflejados de manera explícita en el desarrollo del presente trabajo.

Seguidamente es necesario realizar el análisis de las diferentes tipologías contractuales determinadas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, tales como contratos de obras públicas, consultoría (interventoría de contratos), prestación de servicios de supervisión, con los cuales se logre determinar, en razón a la forma de transferencia de los fondos públicos, las obligaciones pactadas y la capacidad jurídica de administración, la existencia “Gestión Fiscal”, verificando adicionalmente las funciones que a cargo de los interventores y supervisores establecidas en el estatuto anticorrupción (Ley 1474 de 2011).

Igualmente se analizará de manera particular los contratos suscritos a través de asociaciones público - privadas APP de que trata la Ley 1508 de 2012 y sus modificatorios, para la suscripción de contratos de concesiones públicas, donde el privado conforme a sus capacidades de administración y transferencia de los recursos públicos podría ser calificado o no como gestor fiscal y según el análisis del objeto y funciones de dichos contratos a fin de derivar una eventual responsabilidad fiscal.

De otra parte, como quiera que el Estado a través de sus facultades legales, tiene la opción de suscribir contratos con privados para la administración de fondos públicos, como lo es a través de encargos fiduciarios, fiducias públicas o excepcionalmente fiducias públicas mercantiles, para efectos de facilitar y agilizar la gestión administrativa y la ejecución los planes de gobierno de corto o largo plazo; este estudio se propone precisar el alcance de las contralorías para la vigilancia de los contratos ejecutados por los particulares que administran recursos públicos y de este modo como pueden responder patrimonialmente por su gestión y la toma de decisiones en dicha administración.

Sin embargo, como quiera que el ordenamiento constitucional ha permitido que entre las entidades públicas se celebren contratos interadministrativos para el

cumplimiento de sus fines, también es importante verificar y profundizar en el tema de la administración confiada a dichas entidades y su régimen de responsabilidad fiscal. Para realizar el estudio descrito, se tendrá especial observancia de los aportes conceptuales de Dávila Vinuesa en su texto el “Régimen Jurídico de la Contratación Estatal”, Pérez Buitrago con su obra “Infraestructura y Derecho” y Beltrán García en “Algunos temas sobre Contratación Estatal”

Finalmente, procedimos a elevar consulta directa a órganos de control fiscal a fin de cotejar los conceptos por éstos emanados a la luz de la jurisprudencia administrativa y constitucional y poder precisar e identificar los criterios utilizados para la apertura de los procesos de responsabilidad fiscal de contratistas del Estado.

Los desarrollos propuestos serán de gran relevancia, por cuanto con ellos se podrá:

- i) Analizar cuándo un contratista tiene capacidad jurídica y material de gestionar recursos públicos.
- ii) Identificar la incidencia de la naturaleza de las diferentes tipologías contractuales para la asignación de funciones que impliquen gestión fiscal de los contratistas y sus efectos.
- iii) Identificar la aplicación de la responsabilidad fiscal de los contratistas a través del estudio de los conceptos teóricos existentes en la jurisprudencia y la doctrina, los cuales sean de utilidad para los órganos de control en el análisis objetivo frente a su función fiscalizadora sobre el uso de fondos o recursos públicos en aplicación de la Ley 610 del 2000.

## **CAPÍTULO 1: EL MARCO NORMATIVO DEL CONTROL FISCAL DE LOS CONTRATISTAS PÚBLICOS.**

En el presente capítulo se estudiará inicialmente las mutaciones y cambios del Control Fiscal en Colombia acudiendo a desarrollos doctrinales y jurisprudenciales a fin de apreciar su alcance en el marco de la Constitución Política de Colombia 1991 y los cambios aportados por Acto Legislativo No. 04 del 18 de septiembre de 2019, al introducir un control preventivo y concomitante como complemento del control posterior y selectivo. Así mismo se verificará que contratos estatales entran dentro del campo de aplicación del control fiscal y su marco normativo.

### **Título 1: El control fiscal de los contratistas públicos en Colombia.**

El Control Fiscal en la Corte de Cuentas de España, sirvió de modelo para Colombia y ha tenido un importante desarrollo y cuyo punto de inflexión corresponde a la promulgación de la Constitución de 1991<sup>4</sup>, como se describirá más adelante.

La naturaleza jurídica del control fiscal, desde sus inicios, se consideró conforme a lo señalado por la Sala Constitucional del 1° de agosto de 1969 de la Corte Suprema de Justicia, que dicho control no tenía un carácter administrativo, en la medida que este persigue el recaudo y la inversión de los fondos públicos, y el control administrativo busca por otra parte ajustar la ejecución administrativa a los planes y programas de desarrollo.<sup>5</sup>

Así mismo, la función de control fiscal era ejercida por la Contraloría General de la República, la cual tenía como organización externa a las Auditorías Generales, especiales, regionales y revisorías fiscales, en la medida que el modelo de gobierno era netamente unitario y centralista, y a pesar de que la constitución de 1886 hacía

---

<sup>4</sup> Domínguez G. e Higuera R., (2002). El Nuevo Control Fiscal, Bogotá– Colombia, Ed. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, p. 29.

<sup>5</sup> Ibídem, p. 33

referencia a las facultades de las asambleas y concejos de organizar contralorías seccionales y locales, no se les dio estructura y organización.

El control fiscal ejercido antes de 1991, recaía sobre cualquier entidad de carácter público o privado que a cualquier título recibieran, dispusieran y manejaran bienes o ingresos de la Nación, y el control se ejercía sobre los métodos de contabilidad y la manera de rendir cuentas, la gestión fiscal de los empleados públicos, las cuentas de los responsables de erario y las existencias físicas de fondos de valores y bienes nacionales; el cual podría realizarse de manera previa (con antelación a la ejecución de las transacciones), a través de un control perceptivo (comprobación de la existencia física de los fondos, valores y bienes nacionales) o como control posterior (comprobación de transacciones ejecutadas), en busca de atender los principios de economía, eficiencia y efectividad o eficacia en su uso.

Sin embargo, el modelo de control “previo” fue objeto de numerosas críticas en cuanto a su efectividad al limitarse a un ejercicio netamente presupuestal y financiero que no atendía la necesidad de mejorar la gestión fiscal de las entidades públicas. Con la expedición de la Constitución Política de Colombia de 1991, el control fiscal es una facultad que se confirió a la Contraloría General de la República de manera general y en casos especiales a empresas privadas, conforme lo descrito en el artículo 267, el cual establecía:

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 manejan fondos o bienes de la nación.

Dicho control se ejercerá de forma posterior y selectiva conforme 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 de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado (...)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Constitución Política de 1991, artículo 267 texto original antes modificación del Acto Legislativo 04 de 2019.

En este sentido, el artículo 2 la Ley 42 de 1993 dispuso, que serán sujetos de control fiscal:

(...) los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e Independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República. Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo<sup>7</sup>.

Desde es el nivel territorial, estableció el artículo 3 ibídem, que: Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior. Para efectos de la presente Ley se entiende por administración territorial las entidades a que hace referencia este artículo (...).

Así mismo, dispone la Contraloría General de la República, lo siguiente:

El control fiscal también se aplica a los particulares en ejercicio de funciones administrativas. Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación<sup>8</sup>.

Ahora, se debe resaltar que, en cuanto a la función fiscalizadora a cargo de la Contraloría General de la República, la Corte Constitucional, dispuso lo siguiente:

---

<sup>7</sup> Ley 42 de 1993, "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen" artículo 2 y artículo 3.

<sup>8</sup> El control fiscal a la gestión fiscal de los particulares que manejan fondos y bienes públicos, 2011, Contraloría General de la República. p. 5.

<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/257118/Control+Fiscal+a+Particulares.pdf/b3f22d60-8bef-439b-9caf-bacbf694e699?version=1.0>

La función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares.<sup>9</sup>

En este sentido, el control fiscal de los contratistas públicos en Colombia corresponde a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, derivada de la potestad constitucional del artículo 267 superior, al postular el ejercicio de control de los “particulares”.

El “Control Fiscal” que ejercen las Contralorías a la contratación pública, ha tenido momentos diversos en el tiempo, así como lo menciona Beltrán García, al afirmar que:

Antiguamente, en cuanto a los contratos, las contralorías tenían un poder superior al que se están arrogando ahora; participaban en la selección de contratistas, los contratos no se podían iniciar sin su visto bueno, aprobaban todas las cuentas y tenían las facultades que hoy tiene la Fiscalía General de la Nación. Era un poder desmedido que terminó en inoperancia y corrupción. Lo anteriormente descrito era el control previo, que la ley debió cambiar por el control posterior. El Artículo 298 de la Ley 222 de 1983 dice:

De la intervención de la Contraloría en el Proceso de Contratación. La intervención de la Contraloría General en todo proceso de Contratación a que se refiere este estatuto se limita exclusivamente al ejercicio de un control posterior que consistirá en la revisión de procedimientos y operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, para verificar si éste se hizo de acuerdo con las normas, leyes y reglamentos establecidos. Parágrafo. Se entiende por control posterior, aquel que se aplica una vez se hayan realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a ese control y por lo tanto la Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación, como son la elaboración

---

<sup>9</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995, MP: FABIO MORON DIAZ

de pliegos de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación y perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de los contratos.

Además, la Ley 80 de 1993 reiteró la prohibición del control previo:

De la intervención de las autoridades que ejercen control fiscal. 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 éstos 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 resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. El control previo administrativo le 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. A pesar de las normas transcritas, las contralorías inician procesos de responsabilidad fiscal en cualquier momento de la relación contractual. El auto que inicia procesos no tiene recursos ni puede ser demandado ante la jurisdicción administrativa según los artículos 40 y 59 de la Ley 610 de 2000. Pero podría impugnarse mediante tutela si es violatorio de derechos constitucionales fundamentales<sup>10</sup> subrayado fuera de texto.

Por otra parte, en cuanto al control fiscal de los contratos estatales, la Corte Constitucional, preciso lo siguiente:

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, es decir, cuando aquéllos han quedado perfeccionados, pues es a partir de allí cuando tales actos nacen a la vida jurídica y, por tanto, es viable el control posterior, como lo ordena la Constitución. (...)

Y tratándose de los contratos liquidados o terminados, la Corte argumenta que:

El control fiscal sobre los contratos liquidados o terminados tiene trascendental importancia ya que permite analizar aspectos como éstos: determinar y calificar el grado de economía y eficiencia con que la administración ha obrado, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, la calidad de las obras, bienes y servicios objeto del contrato, el control de las cuentas y la evaluación de los resultados obtenidos con la inversión, todo ello en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 267 y 272 de la Carta. El control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Beltrán G. y Pedreros S., (2015). Algunos temas sobre Contratación Estatal, Bogotá – Colombia, Ed. Pontificia Universidad Javeriana. p. 83 y 84.

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-623-1999, MP: Carlos Gaviria Díaz “Demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del inciso segundo del artículo 65 de la Ley 80 de 1993”.

Libardo Rodríguez, haciendo referencia al momento en el cual se ejerce el Control Fiscal, considera que conforme al artículo 65 de la Ley 80 de 1993, entra a operar en cuatro momentos diferentes y que se relacionan a continuación: (...)

1. Control posterior a la legalización del contrato y una vez agotados los actos administrativos para su legalización.
2. Control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los contratos y verificar que se efectuaron conforme a las disposiciones legales.
3. Una vez terminados o liquidados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.
4. Las autoridades encargadas del control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden<sup>12</sup>.

Dados los cambios normativos de las facultades a cargo de las contralorías para ejercer la potestad de controlar fiscalmente la ejecución de los recursos públicos y particularmente a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, y en particular la derivada de la ejecución de los contratos estatales, se previó un **control posterior y selectivo**. Posteriormente, con la expedición del Decreto 267 del 2000, numeral 7 del artículo 5, se previó la posibilidad de que las contralorías ejercieran una “función de advertencia”, la cual consistió en que el órgano de control podría advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometieran el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados. Sin embargo, mediante Sentencia C. 103 de 2015 la Corte Constitucional<sup>13</sup>, declaró inconstitucional y por ende inexecutable para su aplicación esta disposición, por considerarse que constituía una intervención previa a la adopción de decisiones y culminación de los procesos y operaciones administrativas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la actualidad la Contraloría General de la República, define el ejercicio del control fiscal de manera posterior y selectiva, el cual se realiza a través de los diferentes tipos de auditorías, las cuales son

---

<sup>12</sup> Rodríguez R., Derecho Administrativo General y Colombiano, Bogotá– Colombia, Décimo Séptima Edición, Ed. Temis S.A., 2011. p. 510.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Expediente D-10404, MP: María Victoria Calle Correa.

consideradas como el medio a través del cual entra en operación el ejercicio del control fiscal, y con las cuales se realiza una revisión de resultados y procedimientos de un sujeto de control, con el fin de comprobar que funcionan de conformidad con las normas, principios y procedimientos establecidos.<sup>14</sup>

Recientemente, mediante el Acto Legislativo No. 04 de 2019, se modificó el artículo 267 constitucional, el cual quedó de la siguiente manera:

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

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

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponden exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas<sup>15</sup>.

Como se observa, con el cambio constitucional, aunque permanece el control posterior y selectivo, el control preventivo y concomitante se constituye como una nueva función, la cual no solo es equiparable a la función de advertencia y que bien podría generar cambios mayores en el control que ejerce la Contraloría General de

---

<sup>14</sup> Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República, Contraloría General de la República. 2017. p. 12

<sup>15</sup> Constitución Política de Colombia, art. 267, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019.

la República, y en menor grado, las contralorías territoriales. Los eventuales desarrollos del sistema de control dependerán del alcance que le otorgue el órgano legislativo el regular su ejercicio a fin de precisar y regular su aplicación para cada tipo de control.

## **Título 2. ¿Qué contratos son objeto de “Control Fiscal”?**

La Contraloría General de la República, así como las contralorías territoriales, tienen a su cargo el control y seguimiento de la gestión fiscal de los recursos públicos puestos a disposición de las entidades estatales, ahora en cuanto a la contratación pública se refiere, este control y vigilancia es ejercido de forma posterior y selectiva sobre la gestión fiscal efectuada a la que debemos agregar el nuevo control preventivo y concomitante.

En este sentido, cuando se habla de la contratación pública, es necesario traer a colación que tipo de contratos entran dentro del marco del control fiscal. Al respecto la Ley 80 de 1993, establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 65. DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES QUE EJERCEN CONTROL FISCAL.** 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 éstos 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, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

El control previo administrativo de los contratos le 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<sup>16</sup>. Subrayado fuera de texto.

---

<sup>16</sup> Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” Artículo 65

En cuanto a la contratación por medio de urgencia manifiesta, se estipula:

ARTÍCULO 43. DEL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN DE URGENCIA. Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerza el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los dos (2) meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia<sup>17</sup>.

Como se observa, la Ley 80 de 1993, estipula que el Control Fiscal, se realiza a los contratos de las entidades públicas. Dichos contratos están determinados en el artículo 32 y son los siguientes:

1. Contrato de obra
2. Contrato de consultoría
3. Contrato de prestación de servicios
4. Contrato de concesión
5. Encargos fiduciarios y fiducias públicas

Los contratos descritos pueden ser suscritos por las entidades públicas, adelantando las modalidades de selección descritas en el artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, como lo son la licitación pública; selección abreviada (para la adquisición y suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización; la contratación de menor cuantía, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993; la contratación para la prestación de los servicios de salud; la

---

<sup>17</sup> Art. 63 *Ibidem*

contratación cuyo proceso de licitación haya sido declarado desierto; la enajenación de los bienes del Estado; productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsa de productos; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades industriales y comerciales del Estado propio de la Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta; los contratos de las entidades a cuyo cargo se encuentre la ejecución de programas de protección de personas amenazadas...); concurso de méritos; contratación directa (urgencia manifiesta; contratación de empréstitos; contratos interadministrativos; contratación administrativa de bienes y servicios en el sector defensa; contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inician un Acuerdo de Reestructuración de Pasivos a que se refieren la Ley 550 de 1999, o un Programa de saneamiento fiscal y financiero según la Ley 617 del 2000 y las normas que las modifiquen; cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado; para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión o para la ejecución de trabajos artísticos y el arrendamiento o adquisición de inmuebles).

Adicionalmente existen otros contratos que sin estar descritos en la Ley 80 de 1993, pueden implicar la gestión y administración de recursos públicos, como los Convenios de Cooperación del artículo 355 de la Constitución al señalar:

Artículo 355. (...). El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.<sup>18</sup> Subrayado fuera de texto.

Igualmente se deben examinar los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios de que trata la Ley 142 de 1994, que según la Corte Constitucional:

---

<sup>18</sup> Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 355.

Con fundamento en las facultades conferidas en la Ley 573 de 2000, el legislador extraordinario expidió el Decreto-ley 266 de 2000 "por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos" y, en su artículo 37 aquí demandado, consagró un régimen especial de control fiscal en las empresas de servicios públicos de carácter mixto y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas, estableciendo que la vigilancia de las gestión fiscal se ejercerá sobre los actos y contratos, que versen sobre gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante. Indica, además, la normatividad legal acusada, que para el cumplimiento de dicha función, la contraloría competente tendrá acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes (...).

(...) Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que, en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos (...). El control del artículo 267 Constitucional, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí que, si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas (...)<sup>19</sup>.

Los anteriores contratos, conforme a lo descrito en el artículo 267 constitucional, requieren la vigilancia y control posterior en la utilización de los recursos públicos. Dicho control fiscal que ejercen las contralorías, debe atender la tipología contractual suscrita, dado que cada tipo de contrato tiene sus propias particularidades, las cuales deben ser conocidas ampliamente por el órgano de control para la efectiva aplicación del proceso auditor, y de este modo también es necesario tener en cuenta que existen diferentes entidades estatales que conforme

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1191 del 13 de septiembre del 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

a su naturaleza jurídica y la capacidad de suscribir contratos, no son iguales, tal y como sucede con las Sociedades de Economía Mixta o las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

## **CAPÍTULO 2: FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL DE LOS CONTRATISTAS PÚBLICOS.**

En el presente capítulo se estudiará la responsabilidad fiscal de los contratistas públicos en Colombia, partiendo del concepto de “Gestión Fiscal” de los recursos públicos desde el punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial, luego se tratará el concepto de “Responsabilidad Fiscal” a nivel general y como le puede ser aplicable a los contratistas como particulares colaboradores de la administración.

### **Título 1: La gestión de recursos públicos como ejercicio de la “Gestión Fiscal” - Análisis doctrinal y jurisprudencial del Consejo de Estado y la Corte Constitucional:**

La Gestión Fiscal, tiene fundamento constitucional, en el artículo 267, como resultado del ejercicio del control fiscal a cargo de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales; en este contexto, establece dicho artículo que: la vigilancia del control fiscal al Estado incluye el seguimiento permanente a los recursos públicos, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados fundado en la eficiencia, la economía, la equidad el desarrollo sostenible y el cumplimiento de valoración de costos ambientales. La Contraloría tendrá competencia prevalente para ejercer el control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, conforme con lo que reglamente la ley.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 267, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019

La Ley 610 del 2000, establece en el artículo 1, en cuanto a la Gestión Fiscal se refiere, que:

El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”, y el artículo 3 ibídem, la define de la siguiente manera: “Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, 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 a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales<sup>21</sup>.

Con el fundamento constitucional y legal expuesto, es importante también observar, como diferentes tratadistas han desarrollado el concepto de gestión fiscal y sobre qué tipo de recursos públicos puede recaer dicha gestión objeto de fiscalización, es así como, por ejemplo, el doctor Younes Moreno, argumenta lo siguiente:

La fiscalización del presupuesto tiene origen en el propio poder impositivo que se predica del Estado, en ejercicio de su Soberanía, y que ejerce mediante los órganos constitucionales dotados de poder tributario. Esa fiscalización tiene por objeto velar si tanto la facultad impositiva como la de ejecutar el presupuesto, se sujetan a las normas que regulan tales funciones. (...).

(...) el control fiscal nace como una necesidad de vigilar desde la recaudación hasta la inversión de los recursos públicos. (...)

(...) Se entiende por hacienda nacional el conjunto de derechos, recursos y bienes de propiedad de la Nación. Comprende el tesoro nacional y los bienes fiscales; el primero se compone con el dinero, los derechos y valores que ingresan a las oficinas nacionales a cualquier título; los bienes fiscales, aquellos que le pertenezcan, así como los que adquiera conforme a derecho (L. 42/93. art. 35)<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Ley 610 del 2000, Por la cual se establece el trámite de procesos de responsabilidad fiscal, de competencia de las Contralorías, artículo 1.

<sup>22</sup> Younes Moreno, Derecho del Control Fiscal, Sexta Edición, Escuela Superior de la Administración Pública. 2010. p. 28.

Santiago Fajardo Peña, argumenta que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional es clara en señalar que el control fiscal está a cargo de los organismos de control y precisa lo siguiente:

(...) la noción de fondo público no sólo se circunscribe a los recursos que se incorporan al Presupuesto General de la Nación, sino que abarca todos aquellos fondos que son producto del poder impositivo del Estado en los términos del artículo 388 de la Constitución Política. En este sentido la Corte en Sentencia C-543 de 2001, estableció la diferencia entre presupuesto público y recursos públicos, para concluir que el hecho de que un ingreso no se incorpore al presupuesto, no le resta su calidad de ingreso público<sup>23</sup>.

Por su parte el tratadista Amaya Olaya, sobre el concepto de Gestión Fiscal, indica lo siguiente:

El primer inciso del artículo 267 de la Constitución Política, señala el carácter del control fiscal, determinando el ámbito activo y pasivo de su aplicación bajo el presupuesto funcional de la vigilancia a la **gestión fiscal**, entendida ésta como el conjunto de actividades, operaciones y procesos que desarrolla la administración en todos sus niveles, o los particulares cuando administran fondos o bienes públicos, con el fin de cumplir tanto los objetivos y metas especiales, como los fines generales del Estado. (...) <sup>24</sup>

(...) La gestión pública se proyecta como un proceso que articula estratégicamente las acciones de una entidad a su misión y objetivos, de acuerdo a las prioridades fijadas en el Plan Nacional de Desarrollo con el propósito de garantizar la mayor coincidencia entre las decisiones derivadas de la planeación y las acciones reflejadas en el presupuesto<sup>25</sup>.

Por otra parte, sobre el concepto de gestión fiscal, la Sala Plena de la Corte Constitucional, ha indicado lo siguiente:

(...) El concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza 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

---

<sup>23</sup> Fajardo-Peña, S. La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. Revista Digital de Derecho Administrativo. 18 (jun. 2017), 327-351. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.13>

<sup>24</sup> Amaya Olaya U., Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal (1996), Primera Edición, Umbral Ediciones. 2017. p. 114.

<sup>25</sup> Cfr. Plan indicativo, una herramienta de gestión. DNP

o señalados con el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia 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 de la administración (...) <sup>26</sup>. Subrayado fuera del texto.

Como se observa, el concepto de gestión fiscal, es el ejercicio de una función pública a cargo de los servidores públicos y/o los particulares, dentro de los cuales encontramos a los contratistas de la administración, los cuales tengan a su cargo la administración y disposición de los recursos públicos; esto sin duda merece un análisis especial, por cuanto es el objeto del presente estudio, donde se hace necesario identificar cuando y bajo que contextos los contratistas públicos, pueden ser considerados como gestores fiscales. Sobre el particular, es preciso señalar que el Consejo de Estado, ha mencionado al referirse a la gestión fiscal por parte de los contratistas, lo siguiente:

La gestión fiscal, como elemento determinante de la responsabilidad fiscal, se cumple siempre y cuando el particular, maneje o administre fondos o bienes del Estado que le hayan sido asignados o confiados, en el presente caso por la entidad contratante Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, en los estrictos términos de la relación contractual cuestionada por el ente de control departamental, de manera tal que se está en presencia de un contrato estatal. No obstante lo anterior, la Sala observa que el apelante le dio un alcance interpretativo distinto a la sentencia C-840 de 2001, al afirmar que en el marco del contrato público no es posible hacer un listado de actividades en las que el contratista actuó como gestor fiscal, por cuanto en criterio de esta Sala, para ello lo que procede es recurrir al texto contractual para determinar con base en el objeto y la forma de pago de la actividad o servicio pactado, si el particular asumió o no la administración y el manejo de recursos públicos que lo eleven a la condición de gestor fiscal. Es así como la Contraloría General de Antioquia en el presente caso, tenía que verificar si a la contratista BAAN COLOMBIA Ltda. le habían sido puestos a su disposición recursos o fondos públicos de la contratante, en este caso del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA. [...] En todo caso, la Sala quiere advertir que con la anterior afirmación, no es que se esté desconociendo o poniendo en tela de juicio la vigilancia de la gestión fiscal que le correspondía adelantar a la Contraloría General de Antioquia, en vista de que se estaba ante una realidad incuestionable como lo era que por tratarse de un contrato estatal pagado por el IDEA con recursos públicos del Departamento, el ente de control debía cumplir su cometido constitucional y legal. En el presente caso lo que se analiza es si la parte contratista, según las cláusulas contractuales, se comportó como “gestor fiscal”. [...] De igual manera, se

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-529 de noviembre 11 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

llama la atención en el sentido de que no es que se esté desconociendo la responsabilidad fiscal que le puede llegar a asistir a un particular; lo que se debe destacar es que no se pueden hacer juicios generalizados como lo hizo la apelante, en el sentido de que siempre que un particular suscriba un contrato estatal -que per se debe involucrar la ejecución de recursos públicos de lo contrario no tendría esta condición-, por este sólo hecho, el particular desplegó gestión fiscal y por ende estaría incurso en este tipo de responsabilidad. Lo anterior, por cuanto para que tenga acogida esta afirmación, se debe mirar cada caso en particular para determinar con fundamento en el tipo de contrato cuestionado, si el particular que manejó o administró bienes o recursos públicos, se desempeñó como gestor fiscal. Siendo ello así, no es compartido el argumento de la apelación según el cual, en virtud de los planteamientos sentados en la Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993, mediante la cual la Corte Constitucional afirmó que para el control fiscal no se tiene en cuenta el régimen que asuma las entidades que manejen recursos estatales bien sean de naturaleza pública o privada, pues al estar involucrados recursos públicos -interpretó el apelante- lo que interesa es la vigilancia fiscal por parte del ente de control, afirmación que no es desconocida por la Sala. Lo anterior, por cuanto ésta no puede ser una afirmación absoluta, ya que la responsabilidad fiscal tiene como requisito sine qua non, el ejercicio de una conducta que causó un daño al patrimonio Estatal producto de la gestión fiscal, que como se ha advertido, para que le pueda ser imputada a un particular, debe tener bajo su órbita de desempeño, la administración o manejo sobre los recursos públicos que le hayan sido entregados, de lo contrario no procede<sup>27</sup>.

También el Consejo de Estado, en un caso de la Fábrica de Licores de Antioquia, argumentó que:

La gestión fiscal debe valorarse con base en las especiales circunstancias que rodean cada caso, conforme las reglas contractuales que rigieron el acuerdo celebrado entre la FLA y LICOANTIOQUIA S.A., como fuente primera de obligaciones, ejercicio que para esta Sala, el Tribunal Administrativo de Antioquia no realizó, comoquiera que a lo largo del presente pronunciamiento se ha hecho hincapié en la gestión fiscal como presupuesto determinante para la responsabilidad fiscal. En efecto, salta a la vista que se trató de un contrato cuyo objeto consistió en la distribución de botellas de licor, del cual se desprende que la obligación del fabricante fue garantizar una cantidad de productos determinada; por su parte, el distribuidor se comprometió a comprarlos, y a su vez, venderlos, por lo que con fundamento en las pruebas arrimadas al proceso como de las particulares condiciones que envuelven dicho negocio jurídico se evidencia que las bebidas alcohólicas no pudieron entrar al patrimonio privado de la distribuidora demandante, pues no se pagaron. Puede inferirse entonces que estas nunca perdieron su connotación de bienes públicos, lo cual a su vez da cuenta de su disposición y manejo, como ingredientes normativos conformantes de la gestión fiscal. Dicho de

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera, de 12 de Noviembre de 2015. Exp. 05001-23-31-000-2004-01667-01. CP: María Claudia Rojas Lasso

otro modo, LICOANTIOQUIA S.A. sí se comportó como un gestor fiscal, en la medida que se abstuvo de cancelar las botellas de licor - con carácter público- entregadas para su distribución, actividad que entraña una obligación que según se desprende del clausulado contractual no había terminado, al tiempo que, consecuentemente, puso en entredicho los recursos departamentales, en tanto la FLA desarrolla una actividad que se corresponde con el monopolio rentístico establecido en la Constitución Política, que poseen los entes departamentales sobre esta clase de productos. En este sentido, no puede olvidarse que el artículo 336 superior, dispuso una excepción a la libre competencia -monopolio- siempre y cuando se atiende a un interés público, que en el caso particular, obedece a la obtención de rentas destinadas a los servicios de salud y educación. Aunado al hecho de que LICOANTIOQUIA S.A. es un contratista estatal sometido a la Ley 80 de 1993 en un acuerdo de voluntades de distribución con cláusulas excepcionales, a quien, por ende y, para efectos de los entes de control, se le exige un comportamiento acorde al del servidor público, dada la naturaleza de la labor asignada, en este caso, que se contiene en el ya mencionado contrato celebrado con una entidad pública departamental y sobre bienes estatales.

La Sala observa que le asiste la razón a la Contraloría General del Departamento de Antioquia, cuando afirmó que la sociedad demandante sí ejerció actos propios de la gestión fiscal, teniendo en cuenta que el fundamento con base en el cual era responsable fiscalmente, fue porque en efecto dispuso de bienes públicos a cuyo cargo tenía la obligación de pagar y no lo hizo, es decir, no es la causa que originó el incumplimiento mediante la cual la Contraloría activó el control fiscal posterior y selectivo, sino la disposición de los bienes de carácter estatal y su manejo, lo que motivó el actuar de la entidad demandada. Claro, en virtud de la naturaleza contractual de sus actividades, pero al amparo de los ingredientes normativos el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, en cuanto a la administración y manejo de recursos o fondos públicos, en este caso el licor que retiró de las instalaciones de la FLA, que se itera es dependencia de la Gobernación de la entidad territorial. (...) el manejo o administración de recursos o fondos públicos, se concretó en la entrega del licor que la FLA le hizo a LICOANTIOQUIA S.A. donde, en consideración de esta Sala, no es suficiente que se limite a guardarlo en bodegas sin que dichos productos sean objeto de distribución, sino que el solo hecho de haberlos retirado, sin tener que pagar por ellos, da cuenta evidentemente no solo de su manejo y disposición, sino que dichos licores nunca perdieron la connotación de públicos pues la naturaleza del contrato de distribución supone que los productos salgan del patrimonio público para que sean revendidos, lo que reafirma la teoría según la cual ejecutó actos propios de un gestor fiscal y en consecuencia sometido a la competencia que por disposición constitucional le fue asignada a las Contralorías<sup>28</sup>.

Los casos anteriores ejemplifican dos casos diferentes, en los cuales el Consejo de Estado, luego del análisis de los contratos suscritos, así como de las obligaciones a cargo del contratista, en cuanto a la función de administrar recursos públicos, si

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado –Sección Primera (S5 Descongestión Acuerdo 357/2017), de 6 de septiembre de 2018. exp. 05001-23-31-000-2003-01891-01. CP: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

deben responder o no en un proceso de responsabilidad fiscal. **En el primer caso** de BAAN COLOMBIA Ltda, concluye, que el contratista no es responsable fiscal, pues en su criterio, los actos realizados en cumplimiento del contrato no constituyeron gestión fiscal.

**En el segundo caso** relacionado con la Fábrica de Licores de Antioquia, argumenta que los actos ejecutados por el contratista si constituyen gestión fiscal. En primer término por cuanto los dineros puestos para la administración del contratista nunca perdieron la connotación de públicos, por cuanto no fueron pagadas las botellas de licor que la Entidad le había puesto a su disposición, para efectuar las transacciones respectivas, lo que denota la disposición del recurso y la capacidad de tomar decisiones sobre el manejo del mismo; adicionalmente se trata del cumplimiento de una obligación contractual, que deriva de una función pública a cargo de la Entidad Estatal de ejercer el monopolio rentístico del Estado establecido en la Constitución Política (art. 336), el cual poseen los entes departamentales sobre esta clase de productos, cuya rentabilidad va dirigida a la recolección de recursos para salud y educación, lo cual pone un tinte diferencial, pues estos últimos van dirigidos a financiar un servicio público.

Como se observa, el Consejo de Estado realiza la valoración pertinente en cuanto al ejercicio de la gestión fiscal a cargo de los contratistas y cómo de esta manera, tiene que ser valorado por el órgano de control, que tiene a su cargo la fiscalización de los recursos públicos, pues dicho ejercicio debe contener un examen minucioso del contenido del contrato suscrito, en aras de analizar el objeto, obligaciones y tipo de contrato, y si el contratista tuvo a su cargo la responsabilidad de transacción de los recursos y capacidad de decisión sobre su utilización.

Al respecto, es importante precisar que Santiago Fajardo Peña, en cuando al concepto de gestión fiscal se refiere, argumenta que la gestión fiscal es a la responsabilidad fiscal, lo que la cualificación del sujeto es a la tipicidad en el derecho penal, y nadie puede reputarse fiscalmente responsable si no ejerce gestión fiscal.

También señala, sobre la gestión fiscal propia de los contratistas públicos, en relación con la función administrativa a cargo del Estado, lo siguiente:

(...) afirmar que la gestión fiscal es una manifestación de la función administrativa trae consigo el problema de elucidación semántica al que nos referíamos al inicio de esta sección. Dice con razón Palacios Mejía, que el concepto de función administrativa es tan difícil de elaborar como el de servicio público. Por eso para los fines de este artículo nos conformaremos con asumir que la gestión fiscal es una expresión de la función administrativa en tanto en que no es función legislativa (pues no supone la creación de normas de carácter general, abstracto e impersonal) ni es función judicial (en la medida que administrar fondos públicos está muy lejos de la función estatal de adjudicar derechos y dirimir disputas).

(...)

Este acercamiento a la noción de gestión fiscal y su aplicación en materia de contratación estatal tiene, con todo y sus limitaciones conceptuales, una importante ventaja explicativa. Si asumimos que la gestión fiscal es una expresión de la función administrativa, podemos concluir que para adquirir la calidad de gestor fiscal se requiere de un título jurídico habilitante. No estamos diciendo nada diferente a que un contratista el Estado solo puede reputarse gestor fiscal a condición de que se le haya atribuido la potestad administrativa de gestionar bienes o fondos públicos. Esa es la esencia del principio de legalidad administrativa.

(...)

Lo dicho hasta acá permite formular otra conclusión: el ejercicio de la gestión fiscal por parte de los particulares, en tanto función administrativa, se fundamenta, en la atribución que, mediante ley o acto administrativo, hace una autoridad pública a un particular.

Pero no son estos dos únicos títulos jurídicos que habilitan a un particular para que ejerza la gestión fiscal. Porque el contrato estatal, como negocio jurídico, no goza de los atributos de la ley y el acto administrativo y aun así, la Corte Constitucional ha admitido que el mismo sea, excepcionalmente, uno de los instrumentos para atribuir a particulares la facultad de ejercer función fiscal. En la sentencia C-563 de 1998, la Corte dijo: En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no son un delegatario o depositario de sus funciones.

Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir un forma autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular, ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específica, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que se adquiere carácter de concesionario o administrador delegado, o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado.

En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador<sup>29</sup>. Subrayado fuera de texto.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, para fines de precisar si un contratista ha tenido a su cargo la función de gestionar recursos públicos es necesario que se valore desde el punto de vista práctico, los siguientes puntos a saber:

1. Que exista un título de habilitación jurídica, que faculte al contratista para realizar la gestión fiscal, esto es un contrato solemne.
2. Que el contrato suscrito, por su naturaleza jurídica otorgue la potestad de gestionar recursos públicos.
3. Que en el contrato suscrito, se especifique en su objeto y obligaciones la capacidad de gestionar recursos públicos o que de las estipulaciones contractuales, se deduzca con facilidad que tuvo a su cargo la administración de recursos públicos.
4. Que la administración de los recursos públicos no solo implique la administración de los mismos, sino la capacidad de tomar decisiones en su utilización y transacción.
5. Que los recursos puestos a disposición del contratista, no hayan perdido la connotación de recursos públicos, esto es, que no hayan salido de la órbita de administración del Estado, para ser parte de los recursos del privado.
6. Excepcionalmente para ciertos contratos, indistintamente si el recurso está en cabeza de la entidad pública o del particular por salir de la órbita de gestión del Estado, si los recursos van dirigidos a prestar un servicio público de carácter general, el contratista responderá fiscalmente, pues ha sido dotado para ejercer temporalmente una función pública.

---

<sup>29</sup> Fajardo-Peña, S. 2017. La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. Revista Digital de Derecho Administrativo. 18 (jun. 2017), 327-351. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.13>

## **Título 2. ¿Qué es la “Responsabilidad fiscal”?**

Establece el tratadista Uriel Amaya Olaya (1996)<sup>30</sup>, que con el anterior régimen constitucional, la responsabilidad fiscal aparece como una especie de la responsabilidad civil, siendo ésta el género, sin embargo, a partir del nuevo régimen de responsabilidad fiscal, ésta cobra su propia identidad jurídica de manera diferente a la responsabilidad civil.

Es así que establece la carta política en el artículo 6° que “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”.

Como se observa, el régimen de la responsabilidad fiscal tiene su fundamento constitucional con el artículo 6 y con el numeral 5 del artículo 267 superior, que indica las competencias que fueron atribuidas al Contralor de establecer la responsabilidad fiscal derivada de la gestión fiscal.

Ahora, sobre la función que cumple la Contraloría General de la República, así como las contralorías territoriales, ha mencionado el artículo 267 de la Constitución Política de 1991, que el Control Fiscal recae sobre los recursos públicos, es así que el Consejo de Estado<sup>31</sup> mediante reiterados pronunciamientos, sostiene la tesis de que la responsabilidad fiscal debe necesariamente recaer sobre el manejo o administración de bienes y recursos o fondos públicos y respecto de los servidores públicos y particulares que tengan a su cargo la custodia de bienes o recursos del estado, frente a los cuales tengan poder decisorio. Vale la pena precisar también,

---

<sup>30</sup>Amaya Olaya., (1996). Fundamentos constitucionales del Control Fiscal, Santafé de Bogotá – Colombia, Primera edición, Ed. Umbral Ediciones. p. 231 y 232.

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 2013-01024 de mayo 19 de 2016, exp. No. 68001-23-33-000-2013-01024-01

que la Corte Constitucional mediante SU - 620 de 1996, se pronunció, sobre el ejercicio de la responsabilidad fiscal de la siguiente manera:

Como función complementaria del control y de la vigilancia de la gestión fiscal que ejerce la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales, existe igualmente, a cargo de éstas, la de "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", la cual constituye una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (arts. 6, 29, 90, 121, 123 inciso 2, 124, 267, 268-5 y 272 C.P., 83 y 86 de la ley 42 de 1993).

Es decir, que la responsabilidad fiscal podrá comprender a los directivos de las entidades y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado.

Dicha especie de responsabilidad es de carácter subjetivo, porque para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa (...)<sup>32</sup> Subrayado fuera de texto.

Sobre los sujetos, en quienes recae la responsabilidad fiscal, menciona el Ruiz Orejuela, lo siguiente:

(...) en quienes recae esta modalidad de responsabilidad, debe decirse entonces que se trata de todo aquel funcionario o particular con funciones públicas de Control Fiscal, es decir, de recaudar, administrar y apropiar y erogar recursos públicos, que por acción u omisión a título de dolo o culpa cause en forma directa o indirecta, un daño patrimonial al Estado. Siendo así el servidor que cometa tal infracción puede pertenecer a cualquiera de las entidades señaladas en el artículo 2 de la Ley 42 de 1993 como son, las entidades diferentes a las ramas del poder público, los órganos electorales y de control, los órganos creados por la constitución y la ley bajo régimen especial, toda entidad que administre recursos del Estado e incluso, el Banco de la República<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU.620/96, MP: Antonio Barrera Carbonell.

<sup>33</sup> Ruíz O., (Cuarta edición 2019). Responsabilidad del Estado y sus Regímenes, Bogotá– Colombia, Ed. Ecoe Ediciones Limitada, Pag. 471.

Por su parte, Herrera Robles<sup>34</sup>, estima que “La responsabilidad fiscal es la obligación que tienen los servidores públicos de reparar los daños ocasionados al Estado en ejercicio de su gestión fiscal, siempre que se determine la existencia de dolo o culpa grave”, con el fin de determinar el carácter subjetivo e intencionalidad que debe estar presente al momento de endilgar la responsabilidad del agente.

Desde el punto de vista legal, argumenta Ruíz Orejuela<sup>35</sup>, que la responsabilidad fiscal tiene sus primeros orígenes en la Ley 38 de 1989 (ley orgánica de presupuesto, hoy compilada por el Decreto 111 de 1996), donde se contempló la posibilidad de que la Contraloría General de la República impusiera multas y sanciones a quienes no apropiaran o giraran oportunamente las partidas necesarias para el servicio de la deuda, de forma que se pudiera garantizar el cumplimiento de los contratos de empréstito, a su vez también determinó los sujetos considerados fiscalmente responsables entre los cuales se encuentran los ordenadores del gasto y los funcionarios que contabilicen obligaciones o solicitaran constitución de reservas no autorizadas por la ley.

Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, conceptuó lo siguiente:

La responsabilidad fiscal se origina por el ejercicio que ejerce la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales o municipales, así mismo establece que de conformidad con el artículo 267 de la Carta, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado comprende el control financiero, el de gestión y el de resultados el cual tiene como objeto vigilar la eficiencia de las entidades estatales y de los particulares o entidades que administren recursos oficiales a fin de garantizar que el recaudo de los fondos del Estado, en el gasto y su inversión se proceda de acuerdo con la ley, y conforme a los intereses generales que es propio de la función administrativa. Esto quiere del acto sino también su oportunidad, mérito o conveniencia en el manejo de los fondos o bienes del Estado<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Herrera Robles A. La responsabilidad fiscal en Colombia. p. 89

<sup>35</sup> Ruíz O., (Cuarta edición). Responsabilidad del Estado y sus Regímenes, Bogotá– Colombia, Ed. Ecoe Ediciones Limitada. 2019. p. 466 y 467

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicios Civil C.E. 846 de 1996

En igual sentido, la misma Corte Constitucional, al referirse a la naturaleza de la responsabilidad adujo lo siguiente:

El tema de la responsabilidad fiscal también ha ocupado la atención de esta Corporación. Sobre el particular, ha dicho la jurisprudencia que, como función complementaria del control y vigilancia de la gestión fiscal que le corresponde ejercer a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales (C.P. art. 267), es del resorte de estos mismos organismos, por expreso mandato de lo dispuesto en el numeral 5° de artículo 268 de la Constitución Política, "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.

Para la Corte, la responsabilidad fiscal viene a constituir "una especie de la responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado (...)"<sup>37</sup>. Subrayado fuera del texto.

Adicionalmente se precisa que con la Ley 42 de 1993, se organizó el sistema del control financiero y los organismos que lo ejercen, convirtiéndose en un estatuto de responsabilidad fiscal. Dicha ley estableció en el artículo 2, cuales son los sujetos de control fiscal dentro de los cuales, y como se explicó ampliamente en el desarrollo del primer capítulo de la presente investigación, se incluyó a los particulares que administren fondos públicos.

La ley en mención reguló el proceso de responsabilidad fiscal, sin embargo mediante artículo 68 de la Ley 610 del 2000, "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal competencia de la contralorías", derogó el capítulo "responsabilidad fiscal", por lo cual el nuevo cuerpo normativo y hoy vigente, para el proceso de responsabilidad fiscal, es el establecido en la Ley 610 del 2000.

Vale la pena señalar que el artículo 4 de la Ley 610 del 2000, estableció que el objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa

---

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-619 de 2002, MP: Antonio Barrera Carbonell.

de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Adicionalmente, y como elementos de dicha responsabilidad, estableció el artículo 5 ibídem, que para que exista la responsabilidad fiscal por cualquier sujeto, es necesaria que existan y concurren los siguientes elementos:

1. Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realice gestión fiscal.
2. Un daño al patrimonio del Estado.
3. Un nexo causal entre los anteriores elementos.

Con los elementos expuestos de la responsabilidad fiscal, es que los órganos de control, posterior a las auditorias, realizan la investigación pertinente, en caso de encontrar hallazgos fiscales que así lo ameriten. Este proceso inicia con el auto de apertura el cual deberá estar motivado, de tal forma que se pueda establecer que existe concurrencia de los elementos de la responsabilidad en cabeza de los funcionarios o particulares que tenga a su cargo la gestión de los recursos.

En cuanto a los términos de caducidad y prescripción, ha establecido la ley que en cuanto al primero, el órgano de control tendrá cinco (5) años a partir del hecho generador del daño, para dar apertura a la investigación; y en cuanto al segundo, el órgano de control tendrá cinco (5) años a partir del auto de apertura, para dictar providencia en firme que declare la responsabilidad fiscal, so pena que esta acción prescriba.

La Corte Constitucional, en cuanto a responsabilidad fiscal de los servidores públicos y particulares se ha pronunciado de la siguiente manera:

La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos

por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados<sup>38</sup>.

De lo anterior se resalta, como ya se había observado en la conceptualización del “Gestión Fiscal” antes descrita, que la habilitación legal para los particulares, la disposición de los bienes y la capacidad de decisión sobre los mismos, en nuestro objeto de investigación, son requisitos sine qua non, para brindar la potestad de manejo de recursos públicos, y dicha habilitación legal no es otra que la existencia del contrato suscrito y perfeccionado por las partes, así mismo es fundamental, que los recursos objeto de manejo, sean del Estado para su vigilancia y control.

---

<sup>38</sup> Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2002. MP: Álvaro Tafur Galvis

## **CAPÍTULO 3: RÉGIMEN JURÍDICO EN LOS CONTRATOS**

En el presente capítulo se realizará la exposición de cada una de las tipologías contractuales que se relacionan con la posibilidad de gestionar recursos públicos, verificando su régimen jurídico aplicable y si conforme a su naturaleza, se puede predicar que le es posible, atribuir por medio de dichos instrumentos jurídicos consensuales, la facultad de administrar fondos del Estado.

### **3.1.1. Régimen jurídico de los contratistas en Colombia (normas aplicables a los contratos).**

Como se expuso en el capítulo No. 1 sobre el “Control Fiscal”, las tipologías contractuales que existen son diversas y principalmente están determinadas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin perjuicio de que por medio de otros tipos de contratos, se suscriban negocios jurídicos por parte de entidades públicas como lo son los Convenios de Cooperación descritos en el artículo 355 constitucional y los suscritos por entidades públicas sujetas a regímenes especiales como lo son las Sociedades de Economía Mixta, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, regidas por la Ley 142 de 1994.

Para efectos del presente trabajo de investigación, se realizará el estudio de la responsabilidad fiscal de las siguientes tipologías contractuales:

1. Contrato de Obras Públicas
2. Contrato de concesión
3. Encargos fiduciarios y fiducias públicas.
4. Contrato de consultoría (Interventoría de Contratos)
5. Contratos de Supervisión o Apoyo a la Supervisión

## 6. Contratos Interadministrativos

### 3.1.1 La Responsabilidad Fiscal en los Contratos de Obra Pública:

El contrato de Obra Pública estuvo regulado por el artículo 102 de Decreto Ley 222 de 1983, donde lo definió de la siguiente manera:

**De la definición del contrato de concesión de obra pública.** Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas<sup>39</sup>.

El mencionado artículo fue derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993, la cual actualmente regula el contrato de Obra Pública, de la siguiente manera:

#### 1° Contrato de Obra:

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación pública, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.

Dice Dávila Vinueza<sup>40</sup>, que la regulación de una y otra ley, se estableció de manera similar, con la connotación que con la Ley 80 de 1993, es necesario que la obra se ejecute sobre bienes inmuebles de carácter público destinados al servicio público,

---

<sup>39</sup> Decreto Ley 222 de 1983, Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones, artículo 102, derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

<sup>40</sup> Dávila Vinueza, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Legis Editores. 2016. p. 841 y 842.

adicionalmente en cuanto la forma de pago el anterior régimen establecía el precio global fijo, precios unitarios, sistema de administración delegada, sistema de reembolsos y pago de honorarios y otorgamiento de concesiones; con el actual estatuto es necesario para establecer si un contrato es o no de obra pública verificar que quien contrate la obra sea una entidad estatal independiente de los bienes inmuebles en los cuales se ejecuta. La forma de pago en este tipo de contrato resulta relevante para determina la existencia de la responsabilidad y alcance en cuanto a la administración de los fondos públicos.

Menciona Vinueza, que las modalidades de pago a pesar de no estar definidas en la ley, hacen parte del acuerdo consensual de las partes, e ilustra las más representativas así:

1. Precio global fijo: (...) son aquellos en el que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene una remuneración global fija reajutable en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo en lo cual se realiza en su propio nombre, cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos (...)
2. Precios Unitarios: (...) son aquellos en los cuales se pacta un precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas (...). El contratista es el único responsable por la vinculación de personal, la celebración de subcontratos y la adquisición de materiales (...)
3. Administración delegada: (...) son aquellos en el que el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. De manera clara la jurisprudencia delinea de la siguiente forma esta modalidad de pago del contrato de obra:  
“Este negocio jurídico es entendido como aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo cual es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre y por cuenta del contratante delegante<sup>41</sup>” (...).
4. Reembolso de gastos: (...) aquellos en cuales el contratista, con cargo a sus propios recursos, ejecuta las obligaciones que se comprometió y en los que, con la periodicidad acordada, la entidad contratante le va reintegrando los gastos comprobados y le paga los honorarios causados (...)<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuart, Sentencia del 26 de julio de 1996. Rad. 775. CP: Delio Gómez Leyva.

<sup>42</sup> Dávila Vinueza, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Legis Editores. 2016. p. 845 y 846.

Adicionalmente, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, en cuanto a los anticipos se refiere, se dispuso lo siguiente:

En los **contratos de obra**, concesión, salud, o los que se realicen por licitación pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

**PARÁGRAFO.** La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal<sup>43</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, una de las formas de pago que puede ser pactada en los contratos de obra es el anticipo, y del cual se hace especial referencia, por cuanto existe una clara diferenciación con el pago anticipado. Al respecto, el Consejo de Estado, determinó que estos dos conceptos se diferencian uno del otro por lo siguiente:

Vuelve a ser útil la distinción que esta Corporación ha desarrollado en torno a los conceptos de “anticipo” y “pago anticipado”, donde el principal criterio de diferenciación es la titularidad de esas sumas de dinero en términos patrimoniales, es decir, mientras el anticipo le pertenece a la administración, ello es, son dineros públicos; el pago anticipado representa el cumplimiento de la obligación de pago del precio del contrato por parte de la administración, o sea, son dineros de propiedad del contratista. (...) <sup>44</sup>.

Como se observa, el contrato de obra admite el otorgamiento de anticipos, para lo cual se deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo para el manejo de los recursos, los cuales deben ser directamente invertidos en la ejecución del objeto contractual.

---

<sup>43</sup> Ley 1474 de 2011, Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, artículo 91.

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección, 29 de abril de 2015, Exp. 05001-23-31-000-1994-02184-01. MP: Olga Mérida Valle De La Hoz

Al respecto sobre el manejo de dichos recursos, Colombia Compra Eficiente, en cuanto el Patrimonio Autónomo se refiere, dispuso lo siguiente:

Cuando la Entidad Estatal gira los recursos del anticipo a la sociedad fiduciaria para integrar el patrimonio autónomo, tales recursos y sus rendimientos ya no son de propiedad de la Entidad Estatal, ni de la fiduciaria, ni del contratista o fideicomitente, puesto que son autónomos. La sociedad fiduciaria administra los recursos de manera separada de sus recursos propios, así como de los demás recursos de sus clientes<sup>45</sup>.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, en cuanto al manejo de recursos públicos del contratista, se mencionó que éstos no deben salir de la administración estatal. Como se observa, en el contrato de obra pública regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, independiente de la forma de pago pactada, los recursos ya no hacen parte de la entidad estatal cuando se efectúan los pagos al contratista, estos recursos pasan a ser del patrimonio privado.

Ahora, en el caso del otorgamiento de anticipos, como lo prevé la Ley 1474 de 2011, siendo estos recursos que no son de la entidad estatal ni del contratista, sino que son objeto de administración por parte de una fiducia de manera autónoma, los contratistas no deben ser objeto de procesos de responsabilidad fiscal, ante la presunta vulneración del erario público, sin perjuicio de la vigilancia que pueda realizar los órganos de control a la ejecución del contrato. Téngase en cuenta adicionalmente, que el contratista debe constituir póliza del buen manejo del anticipo, la cual es la garantía del buen uso de los recursos, los cuales deben ser exclusivos para el apalancamiento del desarrollo de la obra.

Para el caso de la administración delegada, como quiera que la entidad estatal encomendara la ejecución de un objeto contractual al contratista privado, los

---

<sup>45</sup> Colombia Compra Eficiente, Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable, Pág. 03, [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_manejo\\_anticipos.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_manejo_anticipos.pdf)

recursos para su ejecución son de la entidad estatal a cambio de una remuneración del administrador, el cual actúa a nombre y por cuenta del contratante. Se tiene entonces, que si bien tiene a su cargo la administración del contrato, este último actúa conforme la dirección específica de la entidad estatal, y así lo menciona el Consejo de Estado al referir que:

(...) es claro que la administración delegada entre particulares o entre éstos y entidades públicas, entraña la relación contractual propia del mandato, pues, a través de aquél, “una persona confía la gestión de uno más negocios a otra por cuenta y riesgo de la primera”, y, en ejercicio del mismo, el mandatario puede contratar en su propio nombre o en el del mandante, pero si contrata en su propio nombre, no obliga al mandante respecto de terceros (Código Civil, artículos 2142 y 2177). Siendo ello así, se infiere que el administrador delegado siempre actúa en representación de quien lo contrata, de modo que los actos que realiza y que aparecen a su nombre, como el ser el comprador a quien se expiden facturaciones, se entienden titulados por su representado – mandante, o, contratante de la administración<sup>46</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, a pesar que en la Administración Delegada se cuenta con la habilitación legal para la administración del contrato de obra y que se hayan trasladado los recursos públicos para su manejo, la responsabilidad de la ejecución del contrato de obra recae en el contratante, es así que el contratista no tiene capacidad de tomar decisiones sobre su manejo y disposición; en tal sentido no puede ser un gestor fiscal objeto de un proceso de responsabilidad fiscal, sin perjuicio de la acción contractual que deba asumir por su incumplimiento en calidad de administrador.

### **3.1.2. La Responsabilidad Fiscal en los Contratos de Concesión:**

El numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el que regula el contrato de Concesión, y dispone lo siguiente:

---

<sup>46</sup> Consejo de estado, Sección Cuarta, 16 de septiembre de 2010, expediente 16605.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden<sup>47</sup>.

Como se observa, la concesión conlleva la distinción de diferentes modalidades como lo son: 1. concesión de servicios públicos, 2. concesión de obra o de bien destinado al servicio público y 3. Concesión de bienes estatales, cada una de éstas tiene sus diversas particularidades en el objeto y forma de ejecutar el contrato.

### **3.1.3. Contratos de Concesión de Obras Infraestructura:**

La Ley 1508 de 2011<sup>48</sup>, establece el régimen jurídico de las asociaciones público - privadas, para los contratos de concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Menciona el artículo 1, que las asociaciones público privadas son un: “instrumento de vinculación privada que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de infraestructura y/o servicio”, el cual es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y

---

<sup>47</sup> Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”. Art. 32 Num 4.

<sup>48</sup> Ley 1508 de 2012, “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público - Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

En cuanto a la forma de retribución de este tipo de contratos, menciona el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, modificada por la Ley 1882 de 2018, que: “El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento”, adicionalmente informa, que los aportes estatales podrán ser en especie por parte de las entidades estatales y también se podrán pactar el derecho a retribución por unidades funcionales o etapas del proyecto, entendiendo esta última, como cada una de las fases sucesivas en el tiempo. Bajo este esquema, la ley ha realizado una distinción sobre los proyectos de APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada, los cuales tienen diferencias sustanciales en cuanto a los aportes, el proceso y la asignación de riesgos.

Menciona Pérez Buitrago, en cuanto a las distinciones entre cada una de las anteriormente descritas lo siguiente:

**Iniciativa pública con recursos públicos (IPCRP):** Es aquella en que la entidad pública es la que financia los estudios de pre-factibilidad y factibilidad, con el objetivo de que una propuesta estatal de infraestructura pueda ser concesionada. El proceso se basa fundamentalmente en un esquema de financiamiento público a través de vigencias futuras y explotación comercial, apalancando las inversiones que se requieren para la ejecución del proyecto. De conformidad con la ley, el inversionista – concesionario solamente recibe su pago una vez terminada la infraestructura y hace entrega de ella bajo unos estándares de calidad y servicios previamente acordados con la entidad concedente (...).

**Iniciativa pública sin recursos públicos (IPSRP):** (...) el Estado es quién financia los estudios de prefactibilidad y factibilidad para poner el negocio en el mercado y para que al final exista un concesionario de APP. La única diferencia con la IPCRP radica que en este caso la iniciativa se financia únicamente con la explotación económica.

**Iniciativa privada sin recursos públicos (IPRSRP):** Este tipo de iniciativa, es el sector privado el que financia, a su cuenta y riesgo, los estudios de prefactibilidad y factibilidad. La entidad concedente obra como un validador y evaluador de las condiciones propuestas. (...) Estas iniciativas son altamente atractivas para el Estado, ya que no comprometen recursos públicos y permiten ejercicios fiscales en época de coyuntura macroeconómica, como la que vive Colombia actualmente (...)

**Iniciativa privada con recursos públicos (IPRCRP):** (...) es el sector privado quién financia la estructuración del proyecto. Sin embargo, en esta ocasión el Estado permite que el privado apalanque algo de su inversión en capital público, poniéndose un límite del 30% o del 20% aplicable a infraestructura vial<sup>49</sup>.

Las anteriores distinciones son de relevante importancia, con el fin de verificar cual es el grado de responsabilidad fiscal que pueda implicar los aportes de recursos públicos o privados, dado que como lo dice Fajardo – peña<sup>50</sup>: “El contrato estatal siempre involucra la ejecución de recursos públicos porque con ellos se paga al sujeto contratista privado. Sin embargo, este solo podrá reputarse gestor fiscal si gestiona fondos públicos, no privados (...)”, en este sentido la primera conclusión, es que, en cuanto a los recursos que son objeto de ejecución del contrato de concesión que emana del privado, no son objeto de juicios de responsabilidad fiscal, dado que dichos aportes y su manejo y administración es de naturaleza privada. Ahora, en cuanto a la ejecución de los contratos de concesión, donde el Estado ha brindado aportes para su apalancamiento, es necesario establecer si esa transferencia de recursos al privado para la ejecución de las obligaciones implica la gestión de recursos públicos y si éstos recursos al pasar a la administración de la obra o servicios siguen teniendo la connotación de públicos.

Al respecto, menciona Fajardo Peña, al estudiar un caso en el cual la Contraloría evaluó la gestión del INCO -hoy ANI- en 11 contratos de concesión de modo carretero, a través de un análisis financiero, legal y técnico de los siguientes contratos: Santa Marta-Paraguachón, Cartagena-Barranquilla, Bogotá-

---

<sup>49</sup> Pérez Buitrago, *Infraestructura y Derecho*, Primera Edición, Legis Editores, Cámara Colombiana de Infraestructura. 2017. p. 112 a 115.

<sup>50</sup> Fajardo-Peña, S. 2017. La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. 18 (jun. 2017), 327-351. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.13>

Villavicencio, Pereira-La Victoria, Zipaquirá-Palenque, Córdoba-Sucre, Fontibón-Facatativá-Los Alpes, Desarrollo Vial del Norte, Zona Metropolitana de Bucaramanga, Armenia-Pereira-Manizales y Desarrollo Vial del Oriente de Medellín y Valle de Rionegro, que el órgano de control fiscal, encontró unos hallazgos fiscales, para lo cual ordenó la apertura de investigación fiscal por el desplazamiento de las inversiones presentadas en la ejecución de las obras comprendidas en el alcance del contrato de concesión N° 002 de 2007, proyecto vial Córdoba Sucre.

En dicho caso, analiza Fajardo Peña, que:

El desplazamiento de las inversiones, o del cronograma, como lo denomina la Contraloría, es un fenómeno en virtud del cual las inversiones en obras de construcción, rehabilitación o mantenimiento se ejecutan por parte de los concesionarios de obra pública en periodos distintos a los previstos en el cronograma de inversiones. Este desplazamiento temporal genera, en criterio de la Contraloría, un daño patrimonial al Estado, pues el contratista privado obtiene un beneficio financiero injustificado al postergar la ejecución de las inversiones, aun cuando las mismas se le remuneran con el recaudo de peajes como si se hubieran ejecutado conforme el cronograma inicial. Este problema, característico de los contratos de concesión de primera a tercera generación, se presentaba en la medida que, a diferencia de lo consagrado en la Ley 1508 de 2012, sobre asociaciones públicos-privadas, el derecho a la retribución del contratista no estaba necesariamente ligado a la disponibilidad de la infraestructura. (...)

Asumamos, en gracia de discusión, que en virtud del desplazamiento de las inversiones el contratista sí obtiene un beneficio económico y que el mismo puede generar una ruptura del equilibrio financiero del negocio concesional en contra de la entidad estatal. Aun asumiendo eso, lo cierto es que ese hecho no tiene la virtualidad de hacer fiscalmente responsable al contratista por el favorecimiento económico que experimenta.

Y no compromete su responsabilidad fiscal por dos razones que ya se han examinado. Porque esa actuación no envuelve actos propios de la gestión fiscal y porque el daño antijurídico que experimentaría la entidad estatal por la ruptura del equilibrio financiero del contrato no es un daño con relevancia fiscal o, por decirlo de otro modo, no es un daño que deba resarcir el contratista mediante un proceso de responsabilidad fiscal, sino a través de un proceso judicial de controversias contractuales.

No hay gestión fiscal, pues los recaudos de peaje con los que los usuarios de la vía concesionada repagan las inversiones del contratista se ceden a título de pago y, por ende, entran a su patrimonio, perdiendo la calidad de fondos públicos. Sobre

este punto son particularmente ilustrativas las consideraciones que se plantearon en el laudo que puso fin a las controversias entre CSS Constructores S.A. y la ANI:

Las sumas recibidas por el Contratista en desarrollo del Contrato de Concesión constituyen su remuneración por las prestaciones pactadas y no un encargo de administración de recursos durante la vigencia de la Concesión [...].

Para el Consejo de Estado los dineros entregados al Concesionario son pago a su favor, y extinguen las obligaciones de la entidad cedente. Así se ratifica en el mismo pronunciamiento citado, al referirse a la naturaleza y titularidad de los ingresos de la Concesión, especialmente cuando la remuneración del Concesionario se ha pactado a través de la cesión de los derechos de recaudo de peajes.

De lo anterior se concluye que la titularidad de los recursos del Concesionario deviene del hecho de que se entregan a este a título de pago de sus prestaciones y de la obligación de ejecutar la concesión con recursos que le pertenecen, incluidos aquellos que recibe por concepto de recaudo de peajes<sup>51</sup>.

Pero hay más: aun asumiendo que el desplazamiento de las inversiones genera un beneficio financiero para el concesionario que, a su vez, redundaría en la alteración del equilibrio económico del contrato, lo cierto es que no es daño que pueda repararse a través de un proceso de responsabilidad fiscal. No puede haber un daño patrimonial al Estado, en el sentido del artículo 6 de la Ley 610 de 2000, al concretarse un beneficio financiero en razón del desplazamiento de las inversiones. Ese no es un hecho que genere una disminución o pérdida de bienes o recursos públicos. Puede ser, sí, un hecho que altere el equilibrio financiero del contrato en razón de que el concesionario se arroga una "utilidad adicional". Pero su restablecimiento es un asunto de competencia exclusiva y excluyente del juez del contrato, no de los entes de control fiscal.

La mejor prueba de que el efecto financiero derivado del desplazamiento de las inversiones no puede ser un daño resarcible a través del proceso de responsabilidad fiscal es la duplicidad de procesos, y la consecuente doble sanción, que se generaría con fundamento en un mismo hecho. La entidad concedente podría reclamar, a través del medio de control de controversias contractuales, que el concesionario reintegre el monto del beneficio financiero que obtuvo para restablecer el equilibrio económico del contrato, y la Contraloría, por su lado, podría condenarlo en un fallo de responsabilidad fiscal al pago de la misma suma<sup>52</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior se comparte la posición del autor, al concluir que en los contratos de concesión de primera a tercera generación, los recaudos de peaje con los que

---

<sup>51</sup> Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 13 de enero de 2016, Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A. - CABG contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Citado por: Fajardo-Peña, S. 2017. La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. Revista Digital de Derecho Administrativo. 18 (jun. 2017), 327-351. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.13>

<sup>52</sup> Fajardo-Peña, S. 2017. La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. Revista Digital de Derecho Administrativo. 18 (jun. 2017), 327-351. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.13>

los usuarios de la vía concesionada repagan las inversiones del contratista se ceden a título de pago y, por ende, entran a su patrimonio, perdiendo la calidad de fondos públicos, por lo el concesionario no debe ser objeto de proceso de responsabilidad fiscal, sin perjuicio de la acción contractual que se deba adelantar por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Para los contratos de cuarta generación “4g”, con la expedición de la Ley 1508 de 2012, cambia el concepto en varios de los criterios de los proyectos de infraestructura que venían siendo desarrollados en las primeras generaciones, por cuanto ya lo habíamos señalado, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto.

Sobre el particular, vale la pena precisar que las concesiones 4G, se aplica el Project Finance, Pérez Buitrago, menciona sobre este tipo de proyecto lo siguiente:

El Project Finance es una forma de financiar proyectos (de transporte, infraestructura, eléctrico, de refinación, etc.) tomando como única fuente de pago el ingreso que genera el mismo proyecto. La garantía única de los financiadores es el proyecto, sin perjuicio de que se manejen garantías a cargo del concesionario y del constructor, cuyo único propósito es lograr que las obras concluyan a tiempo (completion) y así permitir que el proyecto empiece a generar los ingresos para pagar la deuda.

De lo anteriormente señalado se desprende que la clave en la estructuración de un proyecto para que pueda ser objeto de un Project Finance es que no haya duda sobre la capacidad del proyecto de generar los ingresos en las fechas previstas en el contrato, de manera que la financiación se plantea – o dimensiona – y negocia en función del plazo de la construcción (...)<sup>53</sup>.

### **(...) Las APP de iniciativa pública**

#### **Tienen un flujo de caja garantizado:**

(...)

---

<sup>53</sup> Pérez Buitrago, Infraestructura y Derecho, Primera Edición, Legis Editores, Cámara Colombiana de Infraestructura. 2017. p. 54 y 55.

Por un lado, antes de trasladar los ingresos del proyecto al concesionario, la ley obliga a que se ejecuten las obras (disponibilidad) y al cumplimiento – en tales obras – de los niveles de servicio y de los estándares de calidad<sup>54</sup>, todo lo cual se mide durante la vida del proyecto con base en los indicadores previstos en el contrato de concesión.

Así el esquema planteado por la Ley 1508 de 2012 implica una remuneración variable, como se dijo al cumplimiento de la disponibilidad, calidad y servicios esperados bajo el contrato, y desde esta perspectiva resultaría bastante complejo, por no decir casi imposible, un esquema de financiación que dependa de unos flujos inciertos.

(...)

Ahora bien, ¿cuáles son las fuentes de pago de deuda en los proyectos 4G?. Por un lado los ingresos, producto del recaudo y, por el otro lado, las denominadas vigencias futuras<sup>55</sup>, que son pagos hechos por la nación, provenientes de su presupuesto de inversión (...)<sup>56</sup>.

Dávila Vinueza<sup>57</sup>, afirma que en el contrato de concesión el particular, actúa bajo su propia cuenta y riesgo, lo que no impide que opere el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, adicionalmente el concesionario esta bajo la vigilancia de la entidad estatal, lo cual se traduce en la en facultades de ordenación, instrucción y reglamentación en relación con la forma como se construye la obra, se explota o se conserva, o la forma en que se explota el bien o se presta el servicio.

También afirma en cuanto al precio del contrato de concesión de obra, lo siguiente:

---

<sup>54</sup> Ley 1508 de 2012: Art. 5 – El derecho de recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura y a cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento. Citado por: Pérez Buitrago, *Infraestructura y Derecho*, Primera Edición, Legis Editores, Cámara Colombiana de Infraestructura. 2017. p. 54 y 55.

<sup>55</sup> Aunque el concepto de vigencia futura amerita en sí mismo un capítulo lo podemos resumir como una figura adoptada por el Gobierno colombiano para la planeación presupuestal. Las vigencias futuras son autorizaciones para comprometer recursos correspondientes a presupuestos futuros (...) – Referencia el autor. p. 56. Citado por: Pérez Buitrago, *Infraestructura y Derecho*, Primera Edición, Legis Editores, Cámara Colombiana de Infraestructura. 2017.

<sup>56</sup> Pérez Buitrago, *Infraestructura y Derecho*, Primera Edición, Legis Editores, Cámara Colombiana de Infraestructura. 2017. p. 56

<sup>57</sup> Dávila Vinueza, *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*, Tercera Edición, Legis Editores. 2016. p. 874 - 881

Todas estas notas diferenciales predicables de la concesión de obra que permiten ubicarla válidamente como una modalidad del contrato de concesión, antes que como una forma de pago el contrato de obra se deriva, como se ha visto, de un solo elemento esencial: la remuneración del contratista a partir del pago que hacen los usuarios de la obra. Sin embargo, como también se anotó al permitir el numeral 4 del artículo 32 que la remuneración del concesionario consista, además, en cualquier modalidad de contraprestación que las partes acuerden, se genera una confusión e inquietud con el contrato de obra definido en el numeral 1 del mismo artículo, que igual permite cualquier modalidad de pago.

Esta razonable inquietud debe absolverse afirmando que a la luz del derecho colombiano el elemento tipificante principal sigue siendo la remuneración especial del concesionario percibida de los usuarios (tarifas, peajes, etc) que en modo alguno puede darse en el contrato de obra pero cuando el contrato de concesión se pacta cualquier otra modalidad de remuneración, la naturaleza de las prestaciones a cargo del concesionario de obra asume ese carácter tipificante del contrato de concesión ya que, a diferencia del contratista de obra, el concesionario debe cumplir prestaciones adicionales luego de construida la obra de que se trate, vinculadas a su explotación, administración o gestión.

Partiendo de ese elemento tipificante del contrato de concesión de obra, (la remuneración especial percibida de los usuarios), los tratadistas coinciden afirmar que este pago que deben efectuar los usuarios, expresado en la tarifa, tasa, peaje, etc., corresponde precisamente al precio de la concesión, advirtiendo también que forma parte de la Administración a favor del concesionario – que puede consistir en una suma fija o en abonos periódicos – como la garantía que otorgue el Estado al concesionario de un beneficio mínimo respecto del resultado de la explotación, caso este último en el cual si dicho beneficio no se obtiene por el concesionario, la administración está obligada a reconocer en su favor la suma correspondiente<sup>58</sup>.

Adicionalmente el Consejo de Estado, sobre el valor de los rendimientos financieros a cargo del contrato de concesión dispuso lo siguiente:

La regla general según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal está incorporada en las disposiciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto cuando regula el tema de los rendimientos financieros producidos por recursos de la Nación y de los establecimientos públicos. Como tal es igualmente predicable respecto de los recursos aportados por el particular contratista, al objeto del contrato de concesión. La aplicación del principio en comento, al tema de la consulta conduce a las siguientes conclusiones: 1) Los rendimientos producidos por los recursos aportados a la fiducia por el concesionario para la construcción, independientemente de su fuente de financiación, son del concesionario; respecto de ellos no es exigible

---

<sup>58</sup> Dromi, Roberto O. Cit. Tomo III –A. Pp. 453-454. Tomo III-B. En el mismo sentido: Dromi, Roberto Ob. Cit. Pp. 515 y 543; Vásquez frabci. Ob. Cit. P 117 y Bercatiz. Ob cit. p. 455. Citado por: Dávila Vinueza, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal- 2016, Tercera Edición p. 881 y 882.

reintegro alguno de rendimientos financieros o intereses para el tesoro nacional ni para la tesorería de INVIAS o INCO. Cosa distinta es que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el concesionario acuerde con el Instituto disponer, para el objeto del contrato, de dichos rendimientos. De igual manera son del concesionario aquellos rendimientos producidos por los dineros públicos – provenientes del presupuesto general de la Nación- que recibe el fideicomiso a título de pago, sea que provengan de peajes, valorizaciones o del presupuesto nacional, pues por corresponder al pago del contrato entran al patrimonio autónomo como recursos del concesionario. 2) Los rendimientos de los recursos entregados a título de anticipo por INVIAS/INCO, deberán ser reintegrados: a) a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, de acuerdo con lo previsto en el decreto 4730 del 2005; o, b) a la tesorería de INVIAS/INCO, cuando esos rendimientos sean fruto de los recursos propios de estos institutos. No es jurídicamente viable estipulación en contrario a las disposiciones de las normas orgánicas de presupuesto<sup>59</sup>. Subrayado fuera del texto.

Teniendo en cuenta lo anterior, los contratos de concesión de cuarta generación la retribución económica que se hace al concesionario, ya sea por los recursos públicos a su disposición por vigencias futuras, el pago de peajes, tarifas, etc., y el de los rendimientos financieros por su explotación, hacen parte de los recursos dispuestos para ser incorporados en el patrimonio autónomo que se disponga para el efecto, en este sentido, la ruptura del equilibrio económico del contrato, como ya se mencionó para los contratos de primera a tercera generación, no es susceptible de juicios de responsabilidad fiscal a los concesionarios, por cuanto la administración de los recursos que fueron como aportes públicos se entregaron a título de pago, y los demás recursos, son los provenientes de la explotación del negocio jurídico en mención.

Estas precisiones cobran relevancia, por cuanto no es clara las distinciones aplicables a los juicios de responsabilidad fiscal, por cuanto la Contraloría General de la República, ha mencionado que:

#### d) Concesiones

---

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 7 de marzo de 2007, CP: Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 11001-03-06-000-2007-00005-00(1802). NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 16357 de 28 de marzo de 2007.

Según concepto 00580 de 2003, CGR, “Existe viabilidad jurídica para que los concesionarios, contratistas, sean sujetos de control fiscal. Si bien son particulares que financian una obra, la van a explotar o administrar por un tiempo, a fin de recuperar los costos en ella invertidos. Por tanto, el control fiscal debe verificar que la gestión fiscal realizada sea adecuada, eficiente y económica.

Ley 1474/2011. Responsabilidad solidaria de interventores por incumplimiento de obligaciones derivadas de la ejecución del contrato.

Ausencia de Diseños y Estudios Previos: fuente de responsabilidad Fiscal<sup>60</sup>.

Con lo anterior se observa, cómo el criterio de la Contraloría sin embargo está tomando otro rumbo en cuanto al control fiscal de los contratos de concesión, sin embargo, es preciso señalar que con lo que hasta aquí se ha desarrollado en cuanto a los conceptos de “Control Fiscal”, “Gestión Fiscal” y “Responsabilidad Fiscal” y el desarrollo de la naturaleza del contrato de concesión, se puede concluir que no hay claridad sobre la potestad de adelantar procesos de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría, la cual que tiene bajo su potestad el ejercicio de la acción fiscal en Colombia, lo que hasta hoy sigue generando inseguridad jurídica y desgastes administrativos.

#### **3.1.4. Contratos de concesión regulados por la Ley 142 de 1994:**

En cuanto a los contratos de concesión regulados por la Ley 142 de 1994<sup>61</sup>, establece en su artículo 1° que su ámbito de aplicación es: para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la misma ley (empresas de servicios públicos, personas naturales o jurídicas que produzcan para

---

<sup>60</sup> El Control Fiscal a la Gestión Fiscal de los Particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Octubre 2011, Ligia Helena Borrero Restrepo, Contralora Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras. <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/257118/Control+Fiscal+a+Particulares.pdf/b3f22d60-8bef-439b-9caf-bacbf694e699?version=1.0>

<sup>61</sup> Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, Artículo 1 y 25

ellas mismas o como consecuencia de complemento de su actividad principal, los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de servicios públicos, las organizaciones autorizadas conforme a la ley, las entidades descentralizadas de cualquier orden, que al momento en entrar en vigencia la Ley 142 de 1994, se encuentren en funcionamiento) (...).

De otra parte, dispone el artículo 25 ibídem, que quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley para usar las aguas, el espectro electromagnético, requerirán de licencia o contrato de concesión. También dispone que es obligación de quienes presten servicios públicos, invertir en el mantenimiento y recuperación del bien público explotado, a través de contratos de concesión.

De lo anterior, se colige que los contratos de concesión, son utilizados por las entidades estatales que tengan a su cargo la prestación de un servicio público para que por medio de particulares se realice el desarrollo de su objeto y cuando la misma ley requiere que para ciertos eventos exista el título habilitante “contrato” como lo describe el artículo 25 en mención.

A su vez el artículo 27.4 ibídem, dispone que las Empresas de Servicios Públicos con aportes oficiales, son bienes de la nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales.

Respecto al régimen de control fiscal establecido para las empresas de servicios públicos, establecía el artículo 37 del Decreto 266 del 2000<sup>62</sup> que: “El control fiscal de las empresas de servicios públicos de carácter mixto, y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de ésta o aquellas, se ejercerá sobre los actos y contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante. Para el cumplimiento de dicha función la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos establecidos en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes”; sin embargo la Corte Constitucional<sup>63</sup>, declaro inexecutable la mencionada disposición, por considerar que el legislador extraordinario, además de desbordar las precisas facultades concedidas en la ley habilitante, desconoció los principios que orientan el ejercicio de la función pública del control fiscal, al pretender que dicho control, asignado a la Contraloría General de la República y a las Contralorías, se debe ejercer en los mismos términos que se establecen en el Código de Comercio para los socios. No obstante, ello se trae a colación los fundamentos de la Corte al establecer que:

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política.

Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que

---

<sup>62</sup> Decreto 266 del 2000, “Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos.” Art. 37.

<sup>63</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Septiembre 13 del 2000, Sentencia C-1191-00, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas<sup>64</sup>

Dicho lo anterior, y ante la claridad de que las Empresas de Servicios Públicos, indistintamente de la connotación pública o privada de su administración bajo los diferentes contratos de concesión que se suscriban, lo claro es que se encuentran bajo la órbita de la prestación de un servicio público de interés general y bajo este contexto, se están desempeñando funciones públicas, las cuales no puede salir de la vigilancia y control de la Contraloría General de la República o las contralorías territoriales. Estos negocios jurídicos constituyen el tipo de contratos excepcionales, que fueron descritos en el capítulo de la “Gestión Fiscal” del presente estudios, lo que lleva a concluir que los concesionarios, serán responsables fiscalmente ante la malversación de los recursos públicos.

### **3.1.5 La Responsabilidad Fiscal en los Encargos Fiduciarios y la Fiducia pública:**

Los encargos fiduciarios y la fiducia pública se encuentran tipificados en el No. 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se dispone que son aquellos que celebran con las entidades estatales que tienen por objeto la administración de recursos públicos dentro de un plazo determinado. Respecto de los encargos

---

<sup>64</sup> Ibidem.

fiduciarios dispone el mismo articulado, que se deberá celebrar con una fiducia que se encuentre debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera.

No obstante lo anterior, es importante precisar que el aterrizar estos conceptos de Encargos Fiduciarios, así como la Fiducia pública, no ha sido un tema pacífico de interpretación doctrinal, legal, ni jurisprudencial, dado que aunque sea un contrato de característica estatal ha recogido conceptos del derecho privado como lo es el Código de Comercio como se verá enseguida, con lo cual el régimen de responsabilidad puede variar, de acuerdo a lo que hasta aquí se ha establecido, sobre la connotación del concepto de manejo de “fondos públicos” en cabeza de los contratistas.

En este sentido, vale la pena traer a colación que Dávila Vinueza, presenta una distinción entre una y otra figura, su desarrollo normativo y los problemas de orden jurídico que se presentan al estatuirlo en la Ley 80 de 1993, así:

La fiducia y el encargo fiduciario son las operaciones a través de las cuales las sociedades fiduciarias desarrollan su objeto social exclusivo (...)

En términos generales puede afirmarse que el negocio fiduciario, cualquiera sea su modalidad, se confía a un fiduciario determinados bienes para que los administre y enajene, si es necesario en orden a cumplir una específica finalidad determinada por el fideicomitente o constituyente. (...)

Haciendo abstracción por ahora del tema de la fiducia pública, es preciso subrayar que en nuestra legislación la actividad fiduciaria reviste, dos modalidades: el contrato de fiducia mercantil regulado por los artículos 1226 y siguientes del Código de Comercio y los encargos fiduciarios previstos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, originados en los artículos 105 y 107 de la Ley 45 de 1923.

Una nota distintiva entre una y otra figura radica en que al celebrar el contrato de fiducia mercantil el constituyente o fideicomitente transfiere bienes al fiduciario, de tal suerte que éstos salen del patrimonio del primero /arts. 1226 y 1227 del C. de Co.) radicándose la propiedad de tales bienes en cabeza del fiduciario pero sin que tales bienes ingresen a su patrimonio, sino que forman un patrimonio autónomo efecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo cuyo titular es el fiduciario (art. 1223 C. de Co.). El encargo fiduciario los bienes se entregan al fiduciario para cumplir igualmente una finalidad determinada pero sin que se produzca transferencia de dominio, y por ende, sin que se genere patrimonio autónomo, toda vez que los bienes permanecen en el patrimonio de quien formula el encargo, por ello como lo sostiene Gilberto Peña Castrillón, todas las hipótesis de encargos

fiduciarios son reducibles a especies de mandato<sup>65</sup>. Esta distinción debe tenerse bien presente para entender que la figura que la Ley 80 de 1993 denominó fiducia pública no tiene diferencias sustanciales con el encargo fiduciario, lo que torna prácticamente irrelevante la distinción para los efectos de dicha ley (...)

### **La fiducia Pública y la fiducia mercantil:**

Ni la Ley 80 de 1993 ni ninguna otra norma legal o reglamentaria en Colombia ha definido que es la fiducia pública. Doctrinariamente se había entendido que en un contrato de fiducia mercantil en el que está involucrada como fideicomitente una entidad pública. Otros lo definieron como el contrato de fiducia mercantil que involucra un fiduciario público. Para otros es aquella fiducia que tiene por objeto bienes de origen público. Otros, más exigentes, catalogaron la fiducia pública como aquella en que todas las partes, los bienes involucrados y la finalidad del contrato tienen carácter público.

Como se anotó, la fiducia mercantil del Código de Comercio tiene como elementos de la esencia los siguientes:

- a. Transferencia de propiedad
- b. La constitución de un Patrimonio Autónomo, y
- c. La determinación por parte del fideicomitente de la finalidad de la Administración de los bienes por parte del fiduciario, enmarcada en la figura trust o de la confianza que el primero deposita en el segundo.

(...)

Por oposición a lo anterior, el numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece respecto del contrato de fiducia pública que no comporta transferencia de dominio de los bienes, no genera patrimonio autónomo y remite a las formas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil para determinar la legislación aplicable a la fiducia pública, remisión que no tendrá razón de ser si una y otra corresponderán al mismo tipo contractual.

Si examinamos este contraste de elementos, observamos que la fiducia pública es un contrato de fiducia, que carece de dos elementos esenciales de la fiducia mercantil.

(...)

De lo anterior se desprenden dos interpretaciones posibles:

En virtud de la primera, se afirmarí que la Ley 80 de 1993 prohibió el contrato de fiducia mercantil para las entidades públicas, habida cuenta principalmente de lo expuesto en las ponencias para segundo debate que fue el momento del trámite de la ley en que se originó la norma en cuestión (...)

En virtud de la segunda interpretación se diría que la Ley 80 de 1993 creó un nuevo contrato denominado **fiducia pública**, diferente del contrato de fiducia mercantil, y por consiguiente no reguló de manera específica ni limitó o prohibió el contrato de fiducia mercantil. Las prohibiciones de contratación estatal deben ser expresas, de conformidad con el mecanismo enunciativo del artículo 32 de la citada ley.

(...)

---

<sup>65</sup> Peña Castrillón, Gilberto "la fiducia en Colombia: Dificultades y soluciones. Aspectos de derecho mercantil". En: Fiducia Mercantil. Publicación de la Asociación Bancaria de Colombia. Bogotá. 1986. Pp. 17 y 22-23. En el mismo sentido Rodríguez Azuero. Contratos bancarios. Bogotá. Biblioteca Feleban. 1985 p 568 y 658 Citado por: Dávila Vinueza.

En principio, entonces resulta valida la conclusión de que coexisten los dos contratos: fiducia mercantil y fiducia pública. Ahora bien, a primera vista esto parecería contrario al querer el legislador expresado en las ponencias para segundo debate en Senado y Cámara a las que se hizo referencia anteriormente. Pero si se examina la Ley 80 de 1993 en su conjunto encontramos que, contrariamente a lo que se presume, en el caso de la fiducia el querer del legislador no es uniforme a lo largo de su contenido normativo. En efecto, en el parágrafo 2 del artículo 41 expresamente se prevé la posibilidad de que entidades públicas constituyan patrimonios autónomos, con entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera lo que, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, únicamente es posible a través de un contrato de fiducia mercantil (disponiendo, además que se contratan directamente)<sup>66</sup>.

Como bien lo afirma Dávila Vinueza, no existe claridad sobre la aplicación del régimen de la fiducia pública por no contar con los elementos sustanciales que trae consigo la fiducia mercantil, como lo es la transferencia de dominio y la prohibición de constituir patrimonios autónomos, con la connotación última que en efecto el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, ha dispuesto que “Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales.”, en este contexto, es contradictoria la aplicación de la fiducia pública, lo cierto es que dentro de esta figura se han configurado negocios jurídicos públicos de gran relevancia.

La Corte Constitucional<sup>67</sup>, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad presentada algunos apartes del numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, donde como uno de los criterios demandados es la desnaturalización del contrato de fiducia mercantil estableció que sin la transferencia de dominio y la constitución de un patrimonio autónomo no estamos bajo la figura de una fiducia mercantil. A su vez hizo referencia a sobre el encargo fiduciario y la fiducia pública, estableciendo

---

<sup>66</sup> Dávila Vinueza, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal (2016), Tercera Edición, Legis Editores. Pag. 874 a 196

<sup>67</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-086. Marzo 1 de 1995 MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

que la Ley 80 de 1993, creó una nueva tipología contractual, sin definición como lo es la “fiducia pública” la cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil, por no contener los elementos esenciales de esta, sino que lo equipara el encargo fiduciario.

Dávila Vinueza<sup>68</sup>, afirma que para la claridad sobre la celebración de las fiducias mercantiles por parte de las entidades públicas, lo claro es la aplicación para los casos establecidos en el párrafo 2 del artículo 41 y entre otros las cajas, fondos o entidades del sector público para obligaciones derivadas de bonos pensionales, (art. 122 Ley 10 de 1993); contratos de administración de profesional de acciones de entidades públicas que participen en capital de las empresas de servicios públicos (Ley 142 de 1994); operación de unidad minero bioenergética (art. 13. Ley 143 de 1994); las entidades del Distrito Capital pueden celebrar fiducias mercantiles (art. 150 D. 1421 de 1993), los contratos de APP que se celebren deberán constituir un patrimonio autónomo (art. 24 de la Ley 1208 de 2012 y art. 91 de la Ley 1474 de 2011).

La Contraloría General de la República ha dicho<sup>69</sup> que los negocios fiduciarios se han venido incrementando como medio de ejecución de recursos para llevar a cabo, planes, programas y proyectos planteados por el Gobierno. Así mismo estableció que los negocios jurídicos que pueden ser adelantados por las entidades estatales por medio de la fiducia, es el encargo fiduciario donde los dineros son entregados a la fiduciaria a título de mera tenencia para su administración y manejo, la fiducia pública, donde también son entregados a mera tenencia, pero cuyo origen y administración no resulten de contratos celebrados por las entidades públicas y la fiducia mercantil pública, donde excepcionalmente se podrán crear patrimonios

---

<sup>68</sup> Dávila Vinueza, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Legis Editores. 2016. Pag. 899

<sup>69</sup> Contraloría General de la República, Administración de Recursos Públicos en Fiducias, Junio de 2017, Pag. 6, <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/452108/Administraci%C3%B3n+de+Recursos+P%C3%BAblicos+en+Fiducias+2017.pdf/6b26b4cc-9cc4-49c9-9651-078256aed430?version=1.0>

autónomos, saliendo los recursos de la cabeza del fideicomitente para la finalidad pretendida en el contrato.

Lo anterior genera dudas sobre lo que previamente se había analizado, y las posiciones legales al respecto sobre la fiducia mercantil, en lo que se refiere a la transferencia de dominio y la constitución de los patrimonios autónomos, de acuerdo a lo estudiado en la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo establecido en el Código de Comercio Colombiano.

No obstante lo anterior, lo claro es que son figuras que vienen en auge y determinan su aplicación para el desarrollo de los planes de gobierno, para lo cual determinar si la Contraloría debe o no ejercer un control fiscal, se establece en primer término que no existe duda sobre ello, pues la vigilancia de los fondos públicos es su mayor función y responsabilidad de acuerdo con lo que establece la Constitución Política de Colombia. Sobre el contrato de fiducia, la Ley 80 de 1993 establece en el numeral 5 del artículo 32, que: “Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia”, lo que denota con mayor fuerza su función de vigilancia y control.

Teniendo en cuenta los anteriores conceptos, normas y pronunciamientos aplicadas al régimen de la responsabilidad fiscal del fiduciario en calidad de contratista, se concluye que para que sea atribuible una responsabilidad fiscal al contratista, es necesario que exista una administración de los recursos, que éstos no hayan perdido la connotación de públicos y que adicionalmente exista una real disposición,

no solo material de los bienes sino en cuanto a la capacidad para la toma de decisiones autónomas del fiduciario. Bajo este contexto y dadas las interpretaciones que hasta aquí se han dicho sobre el Encargo Fiduciario, la Fiducia pública y la Fiducia Mercantil Pública, se tiene lo siguiente:

El **encargo fiduciario** como se vio, los dineros siguen siendo públicos, y opera como si fuera una especie de mandato, lo que implica que el fiduciario actúa bajo exclusiva instrucción y recomendación de la entidad estatal para su manejo, sin perjuicio del control fiscal que se deba ejercer de acuerdo a su naturaleza, por parte de la Contraloría General de la República, en este caso aunque los dineros sean públicos, el fiduciario, no tiene la capacidad de decisión en su uso, pues actúa conforme a lo indicado por el ente público, en este sentido no debería ser responsable fiscal.

En el caso de la **fiducia pública y fiducia mercantil** pública aunque no es clara la disposición sobre la aplicación de los patrimonios autónomos, se tiene que para los casos excepcionales y previstos en la ley, implica que los recursos puestos a disposición de los fiduciarios deben ir a un patrimonio autónomo, lo cual significa, que dichos recursos no entran al patrimonio de la fiduciaria y que adicionalmente salen de la órbita de la gestión pública; en este contexto aunque se consideren autónomos, gozan igualmente del control fiscal por parte del órgano de control, sin embargo al perder la connotación de públicos la gestión que realicen las fiduciarias no implica responsabilidad fiscal.

### **3.1.6. La responsabilidad fiscal en los Contratos de Consultoría**

La Ley 80 de 1993, determinó dentro de sus tipologías contractuales el Contrato de Consultoría, al respecto señaló en el numeral 2 del artículo 32 lo siguiente:

2o. Contrato de consultoría Reglamentado por el Decreto Nacional 2326 de 1995

Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato<sup>70</sup>.

La mencionada tipología contractual, hace referencia aquellos contratos relacionados con la ejecución de estudios de diagnóstico, prefactibilidad, factibilidad y asesorías técnicas de coordinación y supervisión. Así como los contratos de interventoría de obras públicas.

Dávila Vinueza, afirma que “la característica fundamental o básica para identificar los contratos estatales de consultoría será la índole técnica de su contenido la cual constituye el “común denominador” de todas las actividades descritas como posibles integrantes de su objeto”<sup>71</sup>.

Nótese que la primera parte del articulado, cuando hace referencia a estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, es para la elaboración de estudios técnicos especializados bajo unas connotaciones especiales. Sobre este tema el contratista podrá por ejemplo, desarrollar los diseños para la construcción de una obra pública, caso en el cual está contratado para el desarrollo de una actividad específica que no le implica ningún tipo de administración presupuestal de recursos, lo cual conforme lo que se ha descrito, no sería procedente adelantar un proceso de responsabilidad fiscal, por el presunto

---

<sup>70</sup> Ley 80 de 1993, Numeral 2 del artículo 32

<sup>71</sup> Dávila Vinueza, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Legis Editores. 2016. p. 849

incumplimiento o malversación de los fondos públicos, los cuales están a cargo de la administración de la respectiva entidad; sin perjuicio que contra dicho contratista se pueda dar aplicación de los mecanismos que tenga internamente la entidad para lograr el cumplimiento del contrato, la aplicación de las sanciones, o el ejercicio de la acción contractual regulada por la Ley 1437 de 2011.

Bajo este contexto, a continuación se estudiará exclusivamente los contratos de “interventoría”, por cuanto bajo esta tipología, la entidad pública, encomienda una función específica a los contratistas desde el punto de vida legal, técnico, administrativo y financiero, para la vigilancia, control y debido cumplimiento de un objeto contractual de otro contratista, y en algunas ocasiones termina siendo una extralimitación de facultades por parte del interventor, como ocurre en la permisión que se adelanten actividades adicionales o no previstas en el contrato objeto de vigilancia, como sucede con mayores cantidades de obras, realización de obras no estimadas en el estudio de necesidad realizado por la entidad (estudios previos) etc.

El contrato de interventoría no fue definido en la Ley 80 de 1993, sin embargo, el artículo 83 de Ley 1474 de 2011 lo reguló y dispuso lo siguiente:

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría<sup>72</sup>.

Ahora, es preciso señalar que el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, dispuso cuáles serán las obligaciones de los interventores, de la siguiente manera:

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán

---

<sup>72</sup> Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, Art. 83.

responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente (...).

PARÁGRAFO 1o. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento (...).

PARÁGRAFO 3o. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo comine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

4o. Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7o de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio<sup>73</sup>.

Para determinar el tema de la responsabilidad fiscal de los interventores, es necesario traer a colación, lo que establece la Ley 734 de 2002<sup>74</sup>, en el artículo 53 el cual se mantendrá vigente hasta el 30 de junio de 2021, donde dispuso como sujetos disciplinables a los particulares que cumplan labores de interventoría, artículo que leído con el artículo 56 ibídem, cobra relevancia en cuanto a la responsabilidad fiscal se refiere, por cuanto este dispone que: al determinar la sanción respectiva, cuando la conducta disciplinable implique el detrimento al

---

<sup>73</sup> Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, Art. 84.

<sup>74</sup> Ley 734 de 2012 “Por la cual se expide el Código único disciplinario” artículo 53 y 56.

patrimonio público, la sanción patrimonial, será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.

Adicionalmente, la Ley 1882 de 2018, estableció en el inciso 2 del artículo 2, que los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, así como por los hechos y omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.

Nótese, que el régimen de responsabilidad fiscal para los interventores, si bien genera dudas sobre las premisas establecidas sobre, la forma de pago, quien tiene los recursos para administración y la toma de decisiones sobre la ejecución del contrato, lo evidente y claro, es que este tipo de negocio jurídico ha tenido una regulación de orden legal clara y expresa al atribuirle responsabilidad fiscal en el ejercicio de sus obligaciones contractuales, el cual solidariamente por la omisión de información sobre posibles actos de corrupción, debe entrar a responder en el proceso que se adelante y deberá reparar hasta con el doble de la pérdida que haya tenido el Estado.

Sin embargo lo anterior, existe una duda en cuanto dichas disposiciones normativas, por cuanto conforme lo descrito por el artículo 3 de la Ley 1882 de 2018, establece que para los contratos de infraestructura, será obligación de pagar la interventoría por parte del concesionario, lo que nos lleva a concluir que si bien el contrato de concesión, como ya vimos, es un ejercicio donde los recursos han perdido la connotación de públicos por pasar a ser administrados por un patrimonio autónomo, el pago de dicha interventoría, tendría que ser asumida por los recursos que allí se

contemplan. En estos términos, dada la relación jurídica del contrato de interventoría en los proyectos de infraestructura, y la función que ejercen los interventores, se sale de la órbita de la responsabilidad fiscal que pueda ser atribuida, dado que en primer término, el valor de la interventoría no lo asume el Estado, y en segundo término, el contrato de concesión intervenido, es el ejercicio del desarrollo de una actividad que desarrolla el concesionario de una manera autónoma bajo su cuenta y riesgo, por lo cual este no ejerce “gestión fiscal”.

Ahora para los demás casos, donde es la entidad estatal es la que ha asumido el costo de la interventoría, se prevé que dado el alcance normativo expreso en cuanto el régimen de responsabilidad fiscal se refiere, descrito en la Ley 734 de 2002, la Ley 80 de 1993, Ley 1474 de 2012 y Ley 1882 de 2018, los interventores deberán responder fiscalmente por lo cual, podrán ser iniciados los procesos de responsabilidad fiscal que adelante órgano de control fiscal respectivo, conforme a la Ley 610 del 2000.

### **3.1.7. Responsabilidad fiscal en el Contrato de prestación de servicios (Apoyo a la supervisión de Contratos).**

Esta tipología contractual, es la que se puede extraer del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, donde se dispone que: “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”.

En cuanto el apoyo de la supervisión de contratos, entiéndase que hace referencia a la contratación que hace la entidad estatal para ejercer la obligación específica de

supervisar contratos, cuando no se pueda realizar con el personal de planta de la entidad.

Al respecto, establece Dávila Vinueza que: “A pesar que la referida Ley 1474 de 2002, hace referencia a la interventoría y la supervisión, se debe aclarar que es la interventoría la que pertenece al género de la consultoría y no a la supervisión que si bien funcionalmente se le parece, se diferencia en cuanto esta última es ejercida por funcionarios públicos o a falta de estos por contratistas vinculados por la modalidad de prestación de servicios en donde no se requieren conocimientos especializados”<sup>75</sup>.

De lo anterior se colige, como se vio para el contrato de interventoría, que también le es aplicable el régimen de responsabilidad determinado en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002 que:

Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos<sup>76</sup>.

Adicionalmente como ya se expuso para el contrato de interventoría, la supervisión también le es aplicable lo establecido en el artículo 84 de Ley 1474 de 2011, donde se discrimina expresamente, la responsabilidad fiscal a cargo de los supervisores.

Teniendo en cuenta lo anterior, se establece que para el régimen de supervisión de contratos realizado por contratistas de manera transitoria, es una facultad que dada su connotación dentro del régimen de responsabilidad fiscal se refiere en las normas

---

<sup>75</sup> Dávila Vinueza, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Legis Editores. 2016. p. 852

<sup>76</sup> Ley 734 de 2002, “Por la cual se expide el Código único disciplinario” artículo 53.

descritas, debe ser explícita en el contrato, ya sea en su objeto o dentro de las obligaciones establecidas en el mismo. De ello se concluye, que el supervisor puede ser responsable ante el menoscabo de los recursos públicos, por expresa disposición normativa y en este sentido sería llamado a responder en un proceso de responsabilidad fiscal que se adelante por el órgano de control respectivo.

Hasta lo acá dicho, se precisa que a pesar que el legislador, reguló de manera directa, a través de la Ley 1474 de 2011 las figuras de supervisión e interventoría, adicionalmente ha descrito el régimen de responsabilidad fiscal aplicable en consonancia con Ley 734 del 2002 y la Ley 1882 de 2018, no se considera que bajo estas figuras, los contratistas se comporten como gestores fiscales, dado que no son autónomos en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a la supervisión se refiere, independiente de la facultad que haya sido otorgada en el contrato suscrito, el ordenador del gasto no se desvincula de su responsabilidad en cuanto a la administración de los recursos, y el supervisor contratado actúa conforme a las instrucciones de la entidad estatal a través del manual de supervisión, adicionalmente, no tiene la facultad de realizar pagos y administrar recursos estatales.

Para el caso de la Interventoría, las acciones que éste adelante, deben ser conocidas por el supervisor de la entidad (funcionario público) dentro de la ejecución del mismo contrato, adicionalmente, el interventor no realiza los pagos al tercero, dado que su función está limitada a realizar la vigilancia del cumplimiento del objeto contractual que le ha sido encomendado, conforme a lo indicado por la entidad estatal

En el contrato de interventoría tampoco hay recursos para ser administrados, solo vigila la ejecución financiera conforme al negocio jurídico celebrado entre la entidad estatal y el tercero contratista. Adicionalmente no hay transferencia de funciones

públicas encaminadas a prestar servicios públicos, pues la misma entidad estatal no ha trasladado sus funciones al contratista, por lo cual se está frente a la ejecución de un contrato puro y simple como lo puede ser uno de obra, de concesión, de prestación de servicios, etc., sobre el cual recaen las demás acciones civiles y contractuales ante el presunto incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

No obstante lo anterior, y como quiera que la ley ha sido explícita en cuanto a la responsabilidad fiscal a cargo de los supervisores e interventores, los órganos de control deben dar cumplimiento a las disposiciones normativas existentes, hasta que el legislador se pronuncie en otros términos.

### **3.1.8. La responsabilidad fiscal en los Contratos Interadministrativos:**

Conforme al principio de colaboración armónica que establece el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia, que establece que los diferentes órganos tienen funciones separadas que colaboran armónicamente para la realización de sus fines y el artículo 209 de la Constitución Política que dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (...), las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

La Ley 489 de 1998, regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la administración pública, y determina de manera prioritaria dar desarrollo a este principio de la coordinación entre las autoridades administrativas y entre los organismos del respectivo sector.

En virtud de este principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de las respectivas

funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales, por lo cual prestan su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se deben abstener de impedir su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

Teniendo en cuenta lo anterior, tanto el constituyente como el legislador le otorgan a la colaboración efectiva entre las distintas autoridades administrativas, una gran importancia para la consecución de los fines estatales y uno de los mecanismos por medio del cual se hace eficaz esa colaboración, es a través de los denominados convenios y/o contratos interadministrativos que no son otra que la coordinación de esfuerzos al interior del Estado para lograr sus fines.

En atención a ello, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. Así mismo establece el literal c del numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, que la modalidad de selección de contratación directa procederá en el caso de los convenios interadministrativos de cooperación, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Con el fundamento legal expuesto, esta modalidad de contratación, ha tenido vigilancia especial porque algunos autores la han considerado como un instrumento que le permite adelantar de manera más fácil hechos de corrupción, así lo determina Beltrán García, al establecer que: “Pero el sistema más utilizado para la corrupción en la contratación pública es el de contratar con entidades públicas (contratos interadministrativos) y con personas jurídicas sin ánimo de lucro (contratos especiales)”<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> Beltrán G. y Pedreros S. Algunos temas sobre Contratación Estatal, Bogotá – Colombia, Ed. Pontificia Universidad Javeriana. 2015. p. 87.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Contraloría General de la República, así como las contralorías territoriales, dentro del control que realizan, vigilan de manera especial los contratos interadministrativos, verificando que cuenten con el documento de justificación conforme lo prevé el artículo 2.2.1.2.1.4.1. del Decreto 1082 de 2015, donde se manifieste las motivaciones por las cuales se optó por la suscripción de un contrato interadministrativo entre entidades públicas de manera directa, sin pasar por los procedimientos de licitación pública u otros mecanismos de selección que prevé la normatividad vigente.

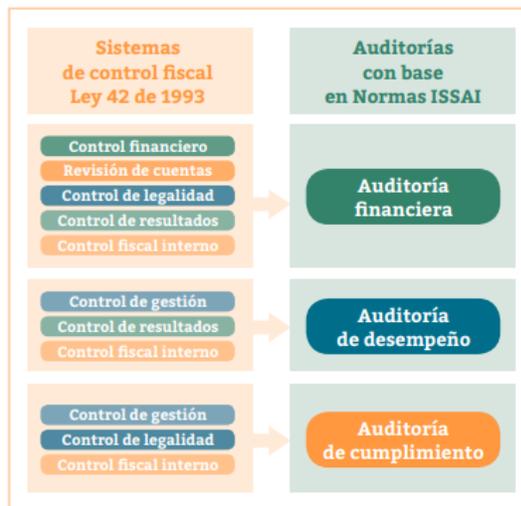
Ahora, en cuanto al régimen de responsabilidad fiscal aplicable, como quiera que dichos contratos son celebrados entre entidades públicas que tienen a su cargo el manejo de recursos, o la obligación de prestar un servicio, suministrar un bien, etc., las actuaciones que se adelantan, están enmarcadas dentro del ejercicio de funciones públicas y en este sentido de acuerdo las funciones que le han sido encomendadas, ya sea por la necesidad de ejecutar los recursos públicos asignados, o para el desarrollo de su objeto misional como puede suceder con las actividades comerciales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, le es aplicable tanto al contratante como al contratista los procesos de responsabilidad fiscal que se adelanten de conformidad con lo dispuesto en la Ley 610 del 2000, ante la posible malversación de los fondos públicos.

## CAPÍTULO 4: APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD FISCAL

En el presente capítulo se expondrá de manera sucinta, el procedimiento que en la actualidad realizan las contralorías para adelantar las auditorías, los cuales son la base para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal ante la evidencia de hallazgos fiscales y se analizarán los criterios utilizados por la Contraloría General de la República y la Contraloría de Bogotá D.C., a los procesos adelantados.

### Título 1. Procedimiento de auditoría por parte de las contralorías y aplicación normativa en los procesos de responsabilidad fiscal

Por medio de las auditorías, conforme a lo establecido en la Ley 42 de 1993, se pueden aplicar sistemas de control financieros, de legalidad, de gestión, de resultados, de la revisión de cuentas, y la evaluación del control interno. A partir de la aplicación de las cuentas “Normas internacionales para entidades fiscalizadoras Superiores – ISSAI”, relacionadas con los “principios generales”, emitidos por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, adoptadas por la Contraloría General de la República y teniendo como base lo establecido en la Ley 42 de 1993, las auditorías que se realizan son las siguientes:



Fuente (Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República (2017).

**1. Auditoría Financiera:** Es el examen independiente, objetivo, y confiable de la información financiera y presupuestal, que permite determinar, en el caso de un sujeto de control y vigilancia fiscal, si sus estados financieros y su presupuesto reflejan razonablemente los resultados, los flujos de efectivo u otros elementos que se reconocen, se miden y se presentan en los mismos. Así mismo, el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera y, comprobar que en su elaboración y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes.

**2. Auditoría de cumplimiento:** La auditoría de cumplimiento –AC– es la evaluación independiente, sistemática y objetiva mediante la cual se recopila y obtiene evidencia para determinar si la entidad, asunto o materia a auditar cumplen con las disposiciones de todo orden, emanadas de Organismos o Entidades competentes que han sido identificadas como criterios de evaluación. Estas auditorías se pueden programar dentro del Plan de Vigilancia y Control Fiscal – PVCF, en cualquier momento dentro de una vigencia del mismo, garantizando el control posterior y selectivo.

**3. Auditoría de desempeño:** Como medio de vigilancia y control fiscal posterior y selectivo, es una revisión independiente, objetiva y confiable de la gestión fiscal y de los resultados e impactos de la administración pública, con el fin de determinar si las políticas, programas, planes, proyectos, acciones, sistemas, operaciones, actividades u organizaciones de los sujetos vigilados operan de acuerdo con los principios de economía, eficiencia y eficacia; y si existen áreas de mejora. Este tipo de auditoría propende por contribuir a mejorar el desempeño de la entidad pública, verificar el cumplimiento de los objetivos propuestos por la entidad, identificar mejoras a la economía, la eficiencia y eficacia del sector público, propicia el desarrollo de acciones de mejora y son el insumo para realizar evaluaciones de políticas públicas. Estas auditorías se pueden realizar en cualquier período del año<sup>78</sup>.

En la actualidad el ejercicio de auditoría de los contratos públicos da lugar a la presentación de un informe preliminar, el cual puede ser objeto de aclaración por las entidades públicas en respuesta a las observaciones administrativas, disciplinarias, penales y fiscales que hayan sido formuladas.

Luego de presentadas las respuestas al informe preliminar, la Contraloría General de la República o las contralorías territoriales, evalúan las justificaciones presentadas respecto a las observaciones formuladas, y proceden a levantar la observación o ratificarla y constituirla como hallazgos, según sea el caso.

---

<sup>78</sup> Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República, Contraloría General de la República. 2017. p. 12.

Con informe final de auditoría, se puede verificar que observaciones quedan constituidas en hallazgos de carácter administrativo, disciplinario, penal y fiscal, con el fin de que las entidades públicas formulen el plan de mejoramiento correspondiente y se cargue en el aplicativo que para el efecto cuenta el órgano de control, para el caso de Contraloría de Bogotá D.C. se carga en el Sistema de Vigilancia y Control Fiscal - Sivicof<sup>79</sup>.

Dicho plan de mejoramiento es objeto de seguimiento por parte del órgano de control, el cual podrá a la siguiente auditoría, verificar si las acciones formuladas, fueron efectivas o inefectivas y si levantaron las causas que dieron origen a los hallazgos formulados, caso en el cual se podrá dar por cerrado el hallazgo para la entidad pública.

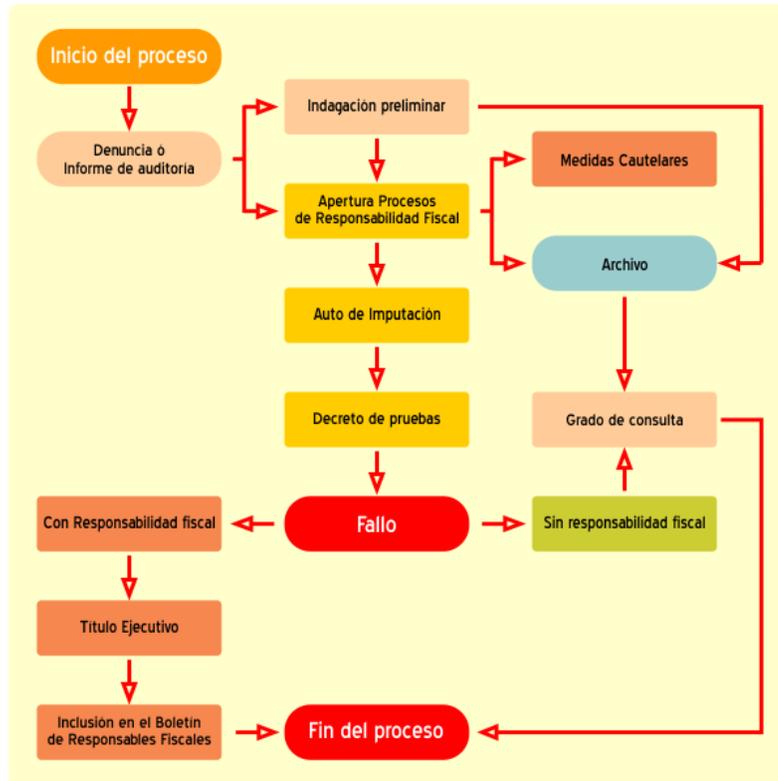
Ahora teniendo en cuenta que los servidores públicos tienen responsabilidad de carácter fiscal, disciplinario y penal en el ejercicio de sus funciones, las contralorías, deben remitir a los competentes los hallazgos identificados, con el fin de adelantar las investigaciones respectivas; en el caso de los hallazgos disciplinarios, son remitidos a la Procuraduría General de la Nación o personerías distritales o municipales según corresponda, los hallazgos penales, son remitidos a la Fiscalía General de la Nación y los hallazgos fiscales, son las contralorías las que deben adelantar el curso de los procesos de responsabilidad fiscal que correspondan, con los funcionarios públicos o particulares que se consideren como presuntos responsables por el hecho dañoso y el menoscabo de los recursos públicos.

A continuación, se presenta el diagrama del proceso adelantado por la Contraloría General de la República:

---

<sup>79</sup> Sistema de Vigilancia y Control Fiscal – Sivicof - link: [http://sivicof.contraloriabogota.gov.co/TextosStormWeb/PRESENTACION\\_GENERAL\\_SIVICOF\\_Dic\\_2016.pdf](http://sivicof.contraloriabogota.gov.co/TextosStormWeb/PRESENTACION_GENERAL_SIVICOF_Dic_2016.pdf)

## Diagrama General del Proceso



Fuente Contraloría General de la República <https://www.contraloria.gov.co/control-fiscal/responsabilidad-fiscal>

## Título 2- Aplicación del régimen de responsabilidad fiscal por los órganos de control a los contratistas públicos.

En el presente título se expondrán las posiciones jurídicas de la Contraloría General de la República y la Contraloría de Bogotá D.C. sobre la aplicación del régimen de responsabilidad fiscal a los contratistas públicos. Así mismo se verificará que lo expuesto por los órganos de control se pueda constatar en los autos de apertura de investigación de diferentes procesos.

En cuanto al régimen normativo para el desarrollo de los procesos de responsabilidad fiscal a los contratistas públicos, se consultó a la Contraloría

General de la República y a la Contraloría de Bogotá D.C., la primera, por ser el órgano supremo de las directrices de la gestión fiscal en Colombia y la de Bogotá D.C., por ser la segunda principal en cuanto a la vigilancia y control de los recursos públicos en cuanto a su importancia y cuantías.

**Criterios de vinculación de los contratistas públicos a los procesos de responsabilidad fiscal:**

Dentro del cuestionario que fue elevado a los entes de control, se abordó los criterios que se utilizan para vincular a un contratista en un proceso de de responsabilidad fiscal. Lo que se puede observar es que dichos órganos realizan el estudio de los elementos de la responsabilidad fiscal, como se expone a continuación.

La Contraloría General de la República, determinó el criterio de vinculación de la siguiente manera:

Haber generado o contribuido a causar un daño, al patrimonio del Estado. En este sentido, para cada caso en concreto se realiza la valoración del hallazgo a la luz del ordenamiento jurídico y las evidencias respectivas. En este sentido, conviene señalar que los contratos estatales guardan relación directa e inmediata con los principios de interés general y con la celebración de los mismos se busca el cumplimiento de los fines del Estado (...)<sup>80</sup>

La Contraloría de Bogotá D.C., por su parte analizó lo establecido en el artículo de la Ley 610 del 2000, sobre el proceso de responsabilidad fiscal y sus elementos constitutivos. Adicionalmente, trajo a colación la valoración de la gestión fiscal y el principio de solidaridad establecido en la Ley 1474 de 2011, como se relaciona a continuación:

La Ley 610 del 2000:

---

<sup>80</sup> Respuesta Derecho de Petición Contraloría General de la República del 5 de agosto de 2019 Rad: 2019EE0095037 y de la Contraloría de Bogotá D.C. del 10 de septiembre de 2019 Rad: 2-201919480

“ARTICULO 1o. DEFINICION. <Ver Notas de Vigencia> <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

A su vez el artículo tercero establece:

Gestión fiscal: Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, 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 a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

De otra parte la Ley 1474 de 2011, menciona:

**ARTÍCULO 119. Solidaridad.** En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

Esta normatividad junto con la jurisprudencia desarrolla los fundamentos tenidos en cuenta por los entes de control fiscal para la vinculación de los contratistas en los procesos de responsabilidad fiscal.

De lo anteriormente expuesto, se verificó que la Contraloría General de la República así como la Contraloría de Bogotá D.C., presentan el fundamento normativo aplicable para establecer la potestad que tienen a su cargo de efectuar el control fiscal a los particulares, el cual resulta acertado frente a los pronunciamientos legales y jurisprudenciales.

Así mismo de manera acertada la Contraloría de Bogotá D.C., trae colación el concepto de gestión fiscal, queriendo referir, que constituye un criterio que entra a ser valorado para la apertura de los procesos fiscales a los particulares.

No obstante lo anterior, dispone también la Contraloría de Bogotá D.C., que da aplicación al artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 “Solidaridad”, posición que no se comparte, como quiera que es distinto que el contratista pueda ser solidariamente responsable dentro de un proceso de responsabilidad fiscal y otra que resulte directamente vinculado a dicho proceso como si fuese un gestor fiscal. En este sentido aunque tuviese que responder pecuniariamente por el menoscabo de los recursos públicos, lo será ante el eventual incumplimiento de sus obligaciones contractuales ante el juez del contrato y con el respaldo de sus garantes.

### **Incidencia de la tipología contractual para atribuir la gestión de recursos públicos:**

En cuanto a la incidencia del tipo de contrato suscrito para atribuir que un contratista pueda ser un gestor de recursos públicos, la Contraloría General de la República, se pronunció de la siguiente manera:

(...)

2. Los ciclos de la gestión fiscal, que conforme a la disposición consisten en: "(...) la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumos, adjudicación, gasto inversión, y disposición de bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumos, adjudicación, gasto inversión, y disposición de bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas (...)" y, 3. Los fines de la gestión fiscal, esto es, aquellos: "(...) en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales." Como se puede apreciar, de las normas transcritas frente a los distintos ciclos de la gestión fiscal no son taxativos. La tipología del contrato no incide en la determinación de su condición de Gestor Fiscal para un contratista y su vinculación al proceso de responsabilidad responde a la aplicación del ordenamiento constitucional y legal vigente.<sup>81</sup>

Por su parte la Contraloría de Bogotá D.C. manifestó:

---

<sup>81</sup> Respuesta Derecho de Petición Contraloría General de la República del 5 de agosto de 2019 Rad: 2019EE0095037 y de la Contraloría de Bogotá D.C. del 10 de septiembre de 2019 Rad: 2-201919480

Aunado a la respuesta dada anteriormente, cuando el material probatorio así lo demuestre, sin que tenga relación directa la tipología contractual<sup>82</sup>.

La Contraloría General de la República en cuanto a la valoración de si la tipología contractual, es tenida en cuenta para la determinación de la responsabilidad fiscal, manifiesta que no es relevante, solo se valora que el contratista actúe como gestor fiscal. Bajo este contexto es admisible que el primer término determinante, para establecer la responsabilidad fiscal de los contratistas públicos, es la verificación de la gestión fiscal, sin embargo, como se observó en el desarrollo del presente trabajo de investigación, cada tipología contractual tiene unas connotaciones normativas y jurisprudenciales específicas, que nos sirven de guía desde el punto de vista de la teoría de la contratación pública para determinar si el contratista podría ser o no un gestor fiscal.

En cuanto lo argumentado por la Contraloría de Bogotá D.C., se observa que, se remite de manera a exclusiva a los criterios para determinar si el contratista es responsable fiscal bajo los presupuestos de responsabilidad fiscal, la valoración de ser gestores fiscales y la solidaridad<sup>83</sup>.

### **Aplicación de las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal:**

Las medidas cautelares, son de utilidad en los procesos de responsabilidad fiscal, para que los bienes de las personas vinculadas, sirvan de garantía de pago de la posible sanción. Sobre este tema, aduce la Contraloría General de la República lo siguiente:

Es fundamento legal para decretar una medida cautelar, el hecho de que la persona se encuentre vinculada a un proceso de responsabilidad fiscal en su calidad de presunto responsable fiscal de acuerdo a lo previsto en el art. 40 de la Ley 610 de 2000 y el decreto de la medida cautelar encuentra soporte legal en el numeral 7 del

---

<sup>82</sup> Respuesta Derecho de Petición Contraloría General de la República del 5 de agosto de 2019 Rad: 2019EE0095037 y de la Contraloría de Bogotá D.C. del 10 de septiembre de 2019 Rad: 2-201919480

<sup>83</sup> Respuesta Derecho de Petición Contraloría General de la República del 5 de agosto de 2019 Rad: 2019EE0095037 y de la Contraloría de Bogotá D.C. del 10 de septiembre de 2019 Rad: 2-201919480

art. 41 de la Ley 610 de 2000. Así mismo el artículo 12 de la Ley 610 de 2000, consagra: En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. Es pertinente así mismo indicarle que el art. 103 de la Ley 1474 de 2011, dispone la procedencia de las medidas cautelares en los procesos de responsabilidad fiscal verbales<sup>84</sup>.

La Contraloría Bogotá, en igual sentido sobre las medidas cautelares informa que:

De conformidad con la Ley 610 del 2000, indica

ARTICULO 12. MEDIDAS CAUTELARES. En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe.

Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. También se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida.

PARAGRAFO. Cuando se hubieren decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y el deudor demuestre que se ha admitido demanda y que esta se encuentra pendiente de fallo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquellas no podrán ser levantadas hasta tanto no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado más los intereses moratorios.

---

<sup>84</sup> Respuesta Derecho de Petición Contraloría General de la República del 5 de agosto de 2019 Rad: 2019EE0095037 y de la Contraloría de Bogotá D.C. del 10 de septiembre de 2019 Rad: 2-201919480

ARTÍCULO 103. Medidas cautelares. En el auto de apertura e imputación, deberá ordenarse la investigación de bienes de las personas que aparezcan como posibles autores de los hechos que se están investigando y deberán expedirse de inmediato los requerimientos de información a las autoridades correspondientes.

Si los bienes fueron identificados en el proceso auditor, en forma simultánea con el auto de apertura e imputación, se proferirá auto mediante el cual se decretarán las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables de un detrimento al patrimonio del Estado. Las medidas cautelares se ejecutarán antes de la notificación del auto que las decreta.

El auto que decreta medidas cautelares, se notificará en estrados una vez se encuentren debidamente registradas y contra él sólo procederá el recurso de reposición, que deberá ser interpuesto, sustentado y resuelto en forma oral, en la audiencia en la que sea notificada la decisión.

Las medidas cautelares estarán limitadas al valor estimado del daño al momento de su decreto. Cuando la medida cautelar recaiga sobre sumas líquidas de dinero, se podrá incrementar hasta en un cincuenta por ciento (50%) de dicho valor y de un ciento por ciento (100%) tratándose de otros bienes, límite que se tendrá en cuenta para cada uno de los presuntos responsables, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución.

Se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante la jurisdicción competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del valor integral del daño estimado y probado por quien decretó la medida<sup>85</sup>.

Como se puede observar, tanto la Contraloría General de la República como la Contraloría de Bogotá D.C. coinciden al establecer que en el desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal, se pueden decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario.

Ello es prueba suficiente, para determinar que en efecto la apertura del proceso de responsabilidad fiscal a un contratista público, genera impactos sobre su patrimonio. Por ello es determinante que ante la presunta malversación de recursos públicos,

---

<sup>85</sup> Respuesta Derecho de Petición Contraloría General de la República del 5 de agosto de 2019 Rad: 2019EE0095037 y de la Contraloría de Bogotá D.C. del 10 de septiembre de 2019 Rad: 2-201919480

que puede ser identificada en un proceso de auditoría, el órgano de control realice un examen minucioso, encaminado a determinar las personas que serán vinculadas al proceso, en el caso de los particulares, la valoración deberá establecer la calidad de gestor fiscal en el proceso que se adelanta.

### **Concepto 187 de 2018 de la Contraloría General de la República:**

Mediante concepto 187 de 2018 de la Contraloría General de la República, dispuso lo siguiente:

(...)

#### **Problema jurídico: ¿Cuándo un particular reviste la calidad de gestor fiscal?**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, "por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías", se entiende por gestión fiscal:

"El conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, 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 a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales".

Ahora, para determinar si un servidor público o particular que desempeña funciones públicas es gestor fiscal, basta en principio con revisar las funciones que tiene asignadas por ley o el acto que lo investió de funciones públicas, y, si ellas, tomando en cuenta la definición que trae el artículo 3° de la ley 610 de 2000, comportan el manejo de fondos y bienes del Estado, es decir, implican la titularidad administrativa o dispositiva de los mismos, materializada mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, inversión y gasto, entre otros, o comprendan actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, fuerza afirmar que se configura gestión fiscal.

En consonancia con lo anterior, se encuentra el pronunciamiento de la Corte Constitucional, que señala lo siguiente:

"3. Naturaleza y sentido del concepto de Gestión Fiscal. Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal (...).

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado. (Subrayado fuera de texto).

Por lo tanto, cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares, sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.

Bajo tales connotaciones resulta propio inferir que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata. (...).

Y la Sala reitera: la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que

esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados"<sup>86</sup>

De la normatividad y jurisprudencia reseñadas, se puede inferir que el particular tiene la calidad de gestor fiscal cuando tiene la facultad de tomar decisiones sobre recursos públicos que se han puesto a su disposición y en el caso que plantea el peticionario, los servicios prestados aparentemente fueron cubiertos con recursos del particular para después presentar las respectivas facturas y cuentas de cobro a la entidad pública bajo la modalidad de pago por evento definido en el literal b) del artículo 4 del Decreto 4747 de 2007, "por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones", que señala lo siguiente:

"Artículo 4. Mecanismos de pago aplicables a la compra de servicios de salud. Los principales mecanismos de pago aplicables a la compra de servicios de salud son: (...)

b. Pago por evento: Mecanismo en el cual el pago se realiza por las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos prestados o suministrados a un paciente durante un período determinado y ligado a un evento de atención en salud. La unidad de pago la constituye cada actividad, procedimiento, intervención, insumo o medicamento prestado o suministrado, con unas tarifas pactadas previamente. (...)"

Por lo anterior prima facie, este tipo de actividades que se relatan en la consulta, no implican gestión fiscal. Sin embargo, en el evento en que se genere un detrimento al patrimonio público como consecuencia de esta clase de operaciones, deberá evaluarse si la conducta del particular contribuyó o no en la generación del daño patrimonial al Estado.

## **Conclusiones**

En conclusión, un particular debe ser considerado gestor fiscal cuando es investido de la capacidad de tomar decisiones respecto de unos fondos, recursos o bienes de

---

<sup>86</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-840/01 MP: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., 9 de agosto de 2001. Citado por la Contraloría General de la República.

naturaleza pública que le han sido entregados y en virtud de aquella, los maneja o administra desplegando una serie de actos de orden económico, jurídico u otros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, que responden a los principios generales de la administración pública para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado<sup>87</sup>.

El anterior concepto, es determinante para determinar que lo que se ha desarrollado en el presente trabajo de investigación, en cuanto a la noción del vínculo entre responsabilidad fiscal y gestión fiscal, es un lazo ligado a la hora de determinar que se pueda vincular a un contratista de la administración en un proceso. Es así que los respectivos entes de Control dan aplicación a los criterios legales y jurisprudenciales de los conceptos de “Gestión Fiscal” y “Responsabilidad Fiscal”. No obstante lo anterior, de la lectura de los autos de apertura de responsabilidad fiscal de la Contraloría General de la República, que a continuación se relacionan, se pudo verificar que el órgano de control, no realiza el estudio de la calidad de gestor fiscal de los contratistas a fin de determinar el alcance que tuvo dentro de la ejecución de determinado contrato<sup>88</sup>:

1. **Apertura de investigación** a los Contratistas Unión Temporal R&D Risaralda NIT N° 900.532.366 y Consorcio El Vergel. **Entidad afectada:** INVIAS. **Presunto detrimento:** \$ 15.442.923,40. **Ruta de consulta:**
2. **Apertura de investigación** a los Contratistas CONSTRUCTORA INECONTE S.A., EN LIQUIDACIÓN y PUCALPA CONSTRUCCIONES LTDA. **Entidad afectada:** INVIAS. **Presunto detrimento:** \$ \$8.980.399.301
3. **Apertura de investigación** a los Contratistas RALAIX CONSTRUCCIONES SAS **Entidad afectada:** MUNICIPIO DE RIOSUCIO — CHOCÓ. **Presunto detrimento:** \$ \$67.728.951
4. **Auto de imputación de cargos al Contratista** RALAIX CONSTRUCCIONES SAS, CADENA FAWCETT Y CIA LTDA (hoy

---

<sup>87</sup> Contraloría General de la República, Concepto 187-2018 del 12 de diciembre de 2018, Radicado No. 2018EE0151749. <https://laotracara.co/wp-content/uploads/2018/12/Gestores-Fiscales.pdf>

<sup>88</sup> Se adjuntan Autos de Apertura al trabajo de investigación.

FAWCETT S.A.S.) y CONSTRUCTORA SIGNUM LTDA. Entidad afectada:  
DEPARTAMENTO DE ARAUCA. **Presunto detrimento:** \$7.721.977.507

**Medidas cautelares:** aplicadas a los contratistas Fawcet, embargo preventivo de los inmuebles de propiedad de la CONSTRUCTORA CASTELL CAMEL LTDA y el embargo de las cuentas bancarias de CONSTRUCTORA CASTELL CAMEL LTDA; FAWCETT S.A.S.

Dicho proceso resulto con fallo sin responsabilidad fiscal mediante auto 2022 del 14 de noviembre de 2017, decisión confirmada por la segunda instancia mediante Auto No. 8011203242017 del 4 de diciembre de 2017.

## **CONCLUSIONES**

A lo largo del presente trabajo de investigación se procedió a realizar un estudio con el fin de ilustrar bajo que contextos el contratista administra, ejecuta, tiene habilitación jurídica y capacidad de decisión sobre el uso de los fondos o recursos públicos, lo que lo hace gestor fiscal, y en este sentido, susceptible de ser vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal que se llegara adelantar en aplicación de la Ley 610 del 2000.

Para ello, se inició con la verificación constitucional, legal y jurisprudencial de la aplicación del régimen del control fiscal y como los organismos de control lo aplican a los contratos públicos en Colombia. Igualmente, y en aras de establecer desde el punto de vista constitucional, legal y jurisprudencial, las condiciones de aplicación a los contratistas públicos en Colombia del régimen de responsabilidad fiscal se efectuó el análisis de los conceptos de “Gestión Fiscal” y “Responsabilidad Fiscal”, a fin de precisar los criterios determinantes que debe tener en cuenta un órgano de control, para que un contratista de la administración, pueda ser objeto de un proceso de responsabilidad fiscal, por considerarse que tiene a su cargo la gestión de los recursos públicos.

Para dar fundamento a lo anterior y ahondar en el tema de las facultades otorgadas en los diferentes contratos, se realizó un análisis exhaustivo de cada una de las tipologías contractuales, en especial las referidas en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, teniendo en cuenta su naturaleza y la forma como a través del título de habilitación jurídica, que es el contrato solemne, era posible otorgar la facultad de administrar recursos públicos. De dicho análisis se pudo observar, que dada la particularidad de cada tipología contractual conforme a su naturaleza, algunos contratos no pueden ser objeto de gestión fiscal y otros sí, como es en el caso de estar frente a una facultad directa por parte de la administración, de que el contratista de manera temporal preste un servicio público, por cuanto bajo esta

facultad, se encuentra investido para ejecutar funciones públicas, lo cual lo hace responsable del manejo y administración de los recursos puestos a su disposición. Así mismo se vio que otros contratos no pueden ser objeto de gestión fiscal, por cuanto la administración de los recursos, pasaron a ser del patrimonio de un privado, o son parte de un patrimonio autónomo, casos en los cuales no existe la administración de los recursos propiamente dichos, por perder su connotación de públicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede concluir que bajo este contexto, es necesario, como requisito sine qua non, para aperturar un proceso de responsabilidad fiscal a un contratista público en Colombia, que el órgano de control analice los siguientes aspectos:

1. La existencia de un título de habilitación jurídica, que faculte al contratista para realizar la gestión fiscal, este es un contrato solemne.
2. Que el contrato suscrito, por su naturaleza jurídica otorgue la potestad de gestionar recursos públicos.
3. Que en el contrato suscrito, se especifique en su objeto y/o obligaciones la capacidad de gestionar recursos públicos o que de las estipulaciones contractuales, se deduzca con facilidad que tuvo a su cargo la administración de recursos públicos.
4. Que la administración de los recursos públicos no solo implique la administración de los mismos, sino la capacidad de tomar decisiones en su utilización y transacción.
5. Que los recursos puestos a disposición del contratista no hayan perdido la connotación de recursos públicos, esto es, que no hayan salido de la órbita de administración del Estado, para ser parte de los recursos del privado o de un patrimonio autónomo.
6. Excepcionalmente para ciertos contratos, indistintamente si el recurso está en cabeza de la entidad pública o del particular por salir de la órbita de gestión del Estado, si los recursos van dirigidos a prestar un servicio público de

carácter general, el contratista responderá fiscalmente, pues ha sido dotado para ejercer temporalmente una función pública.

7. Para los contratos de supervisión o interventoría, se deben adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, no por considerar que sean gestores fiscales, sino por expresa disposición legal establecida en la Ley 80 de 1993, Ley 734 de 2002, Ley 1474 de 2011 y Ley 1882 de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior, y luego de realizar los análisis respectivos, se procedió a establecer sucintamente, cual es el procedimiento que debe adelantar la Contraloría General de la República dentro del proceso de apertura de los procesos de auditoría, y proceder los cuales son el fundamento para iniciar las investigaciones pertinentes de responsabilidad fiscal. Para ello fue importante la consulta realizada a los órganos de control, donde se pudo constatar el régimen aplicable para dar apertura a los procesos, donde el órgano de control estableció que se realiza el análisis de que los contratistas sean gestores fiscales.

Sin embargo y luego de realizar el análisis de algunos casos concretos, de autos de apertura de procesos de responsabilidad fiscal adelantado a contratistas, se pudo observar, que el órgano de control abre procesos indistintamente, sin realizar un análisis de la calidad de participación del contratista en el contrato, esto es que hubiese tenido la capacidad de gestionar recursos públicos y hubiese tenido capacidad de decisión.

Con ello, se concluye que los órganos de control vinculan a los contratistas públicos a procesos de responsabilidad fiscal, que en su mayoría no debe ser adelantados por este procedimiento, sino a través del mecanismo de controversias contractuales establecido en la Ley 1437 de 2011, por lo cual deriva que estos sean archivados y con fallos sin responsabilidad fiscal, desgastando innecesariamente en costos y desgastes a las administración y en ocasiones perjudicando a los contratistas por la aplicación de medidas cautelares que afectan su patrimonio sin tener que responder por dichos procedimientos.

## Bibliografía

AMAYA OLAYA U., Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal (1996), Primera Edición, Umbral Ediciones. 2017.

Auto de imputación de cargos al Contratista RALAIX CONSTRUCCIONES SAS, CADENA FAWCETT Y CIA LTDA (hoy FAWCETT S.A.S.) y CONSTRUCTORA SIGNUM LTDA. Entidad afectada: DEPARTAMENTO DE ARAUCA. Presunto detrimento: \$7.721.977.507

BELTRÁN G. y PEDREROS S. Algunos temas sobre Contratación Estatal, Bogotá, Colombia. Ed. Pontificia Universidad Javeriana. 2015.

BELTRÁN G. y PEDREROS S. Algunos temas sobre Contratación Estatal, Bogotá – Colombia, Ed. Pontificia Universidad Javeriana. 2015.

Cfr. Plan indicativo, una herramienta de gestión. DNP

Colombia Compra Eficiente, Guía para el manejo de anticipos mediante contrato de fiducia mercantil irrevocable, Pág. 03, [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_manejo\\_anticipos.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_manejo_anticipos.pdf)

COLOMBIA. CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo arbitral del 13 de enero de 2016, Concesión Autopista Bogotá-Girardot S.A. - CABG contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Citado por: Fajardo-Peña, S. 2017. La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. Revista Digital de Derecho Administrativo. 18 (jun. 2017), 327-351. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.13>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto Ley 222 de 1983, Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones, artículo 102, derogado por el artículo 81 de la Ley 80 de 1993.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 266 del 2000, “Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos.” Art. 37.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” Artículo 65 D.O. 41.094.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 de 1994 “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, Artículo 1 y 25

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1508 de 2012, “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 42 de 1993, por cual se establece la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen. D.O. 40.732.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610 del 2000, Por la cual se establece el trámite de procesos de responsabilidad fiscal, de competencia de las Contralorías D.O. 44.133.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2012 “Por la cual se expide el Código único disciplinario”

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, 7 de marzo de 2007, CP: Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 11001-03-06-000-2007-00005-00(1802). NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio 16357 de 28 de marzo de 2007.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. C.E. 846 de 1996.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Expediente No 05001-23-31-000-2004-01667-01. (12, noviembre, 2015). CP: María Claudia Rojas Lasso.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. 12 de Noviembre de 2015. Exp. 05001-23-31-000-2004-01667-01. CP: María Claudia Rojas Lasso.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. (S5 Descongestión Acuerdo

357/2017), de 6 de septiembre de 2018. exp. 05001-23-31-000-2003-01891-01. CP: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 2013-01024 de mayo 19 de 2016, exp. No. 68001-23-33-000-2013-01024-01

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 26 de julio de 1996. Rad. 775. CP: Delio Gómez Leyva.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. 16 de septiembre de 2010, expediente 16605.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Expediente D-10404, MP: María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-086. Marzo 1 de 1995 MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-1191 del 13 de septiembre del 2000. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-529 de noviembre 11 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-619 de 2002, MP: Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-832 de 2002. MP: Álvaro Tafur Galvis

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-167 de 1995. MP: Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-623-1999, MP: Carlos Gaviria Díaz “Demanda de inconstitucionalidad contra un aparte del inciso segundo del artículo 65 de la Ley 80 de 1993”.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-840/01 MP: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá D.C., 9 de agosto de 2001. Citado por la Contraloría General de la República.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia SU.620/96, MP: Antonio Barrera Carbonell  
Constitución Política de 1991, artículo 267 modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Administración de Recursos Públicos en Fiducias, Junio de 2017, Pag. 6, <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/452108/Administraci%C3%B3n+de+Recursos+P%C3%ABlicos+en+Fiducias+2017.pdf/6b26b4cc-9cc4-49c9-9651-078256aed430?version=1.0>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Apertura de investigación a los Contratistas Unión Temporal R&D Risaralda NIT N° 900.532.366 y Consorcio El Vergel. Ruta de consulta:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Apertura de investigación a los Contratistas CONSTRUCTORA INECON-TE S.A., EN LIQUIDACIÓN y PUCALPA CONSTRUCCIONES LTDA. Ruta de consulta:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Apertura de investigación a los Contratistas RALAIX CONSTRUCCIONES SAS Ruta de consulta:

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Concepto 187-2018 del 12 de diciembre de 2018, Radicado No. 2018EE0151749. <https://laotracara.co/wp-content/uploads/2018/12/Gestores-Fiscales.pdf>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. El control fiscal a la gestión fiscal de los particulares que manejan fondos y bienes públicos. (2011). p. 5. <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/257118/Control+Fiscal+a+Particulares.pdf/b3f22d60-8bef-439b-9caf-bacbf694e699?version=1.0>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. El Control Fiscal a la Gestión Fiscal de los Particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. Octubre 2011, Ligia Helena Borrero Restrepo, Contralora Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras. <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/257118/Control+Fiscal+a+Particulares.pdf/b3f22d60-8bef-439b-9caf-bacbf694e699?version=1.0>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Respuesta Derecho de Petición Contraloría General de la República del 5 de agosto de 2019 Rad: 2019EE0095037 y de la Contraloría de Bogotá D.C. del 10 de septiembre de 2019 Rad: 2-201919480

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Principios, fundamentos y aspectos generales para las auditorías en la Contraloría General de la República. 2017.

DÁVILA VINUEZA, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal, Tercera Edición, Legis Editores. 2016.

DOMÍNGUEZ G. e HIGUITA R. El Nuevo Control Fiscal. Bogotá, Colombia. Ed. Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. 2002.

DROMI, Roberto O. Cit. Tomo III –A. Pp. 453-454. Tomo III-B. En el mismo sentido: Dromi, Roberto Ob. Cit. Pp. 515 y 543; Vásquez frabci. Ob. Cit. P 117 y Bercatiz. Ob cit. p. 455. Citado por: Dávila Vinueza, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal- 2016, Tercera Edición p. Legis Editores.

FAJARDO-PEÑA, S. La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. Revista Digital de Derecho Administrativo. (18 jun. 2017), 327-351. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.13>

HERRERA ROBLES A. La responsabilidad fiscal en Colombia.  
<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1518203/AUTO+DE+APERTURA+%286%29.pdf/25967c9f-1b9a-4a4a-ab92-ca91ec2fa2a2?version=1.0>  
<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/62626/AUTO+DE+APERTURA+PRF+6-060-12.pdf/d6ab8679-d7d9-4cbd-8995-1ea62345fa8e?version=1.0>  
<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/72598/Auto+de+Apertura++PRF-05389.pdf/3f036f31-a523-4ea3-b716-10b8391ec76a?version=1.0>

PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto “la fiducia en Colombia: Dificultades y soluciones. Aspectos de derecho mercantil”. En: Fiducia Mercantil. Publicación de la Asociación Bancaria de Colombia. Bogotá. 1986. Pp. 17 y 22-23. En el mismo sentido Rodríguez Azuero. Contratos bancarios. Bogotá. Biblioteca Feleban. 1985 p 568 y 658 Citado por: Dávila Vinueza.

PÉREZ BUITRAGO, Infraestructura y Derecho, Primera Edición, Legis Editores, Cámara Colombiana de Infraestructura. 2017.

RODRÍGUEZ R. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá, Colombia. Décimo Séptima Edición, Ed. Temis S.A., 2011.

RUIZ O. (Cuarta edición 2019). Responsabilidad del Estado y sus Regímenes, Bogotá, Colombia. Ed. Ecoe Ediciones Limitada.

SISTEMA DE VIGILANCIA Y CONTROL FISCAL – Sivicof - link:  
[http://sivicof.contraloriabogota.gov.co/TextosStormWeb/PRESENTACION\\_GENERAL\\_SIVICOF\\_Dic\\_2016.pdf](http://sivicof.contraloriabogota.gov.co/TextosStormWeb/PRESENTACION_GENERAL_SIVICOF_Dic_2016.pdf)

YOUNES MORENO, Derecho del Control Fiscal, Sexta Edición, Escuela Superior de la Administración Pública. 2010.

Apertura de investigación a los Contratistas Unión Temporal R&D Risaralda NIT N° 900.532.366 y Consorcio El Vergel. Ruta de consulta:  
<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/72598/Auto+de+Apertura+-PRF-05389.pdf/3f036f31-a523-4ea3-b716-10b8391ec76a?version=1.0>

Apertura de investigación a los Contratistas CONSTRUCTORA INECON-TE S.A., EN LIQUIDACIÓN y PUCALPA CONSTRUCCIONES LTDA. Ruta de consulta:

<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/62626/AUTO+DE+APERTURA+PRF+6-060-12.pdf/d6ab8679-d7d9-4cbd-8995-1ea62345fa8e?version=1.0>

Apertura de investigación a los Contratistas RALAIX CONSTRUCCIONES SAS

Ruta de consulta:

<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1518203/AUTO+DE+APERTURA+%286%29.pdf/25967c9f-1b9a-4a4a-ab92-ca91ec2fa2a2?version=1.0>

Auto de imputación de cargos al Contratista RALAIX CONSTRUCCIONES SAS, CADENA FAWCETT Y CIA LTDA (hoy FAWCETT S.A.S.) y CONSTRUCTORA SIGNUM LTDA. Ruta de consulta:

<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/1518203/AUTO+DE+APERTURA+%286%29.pdf/25967c9f-1b9a-4a4a-ab92-ca91ec2fa2a2?version=1.0>