

**INOCENCIO MELENDEZ JULIO**

**TRATADO DE DERECHO DE LOS CONTRATOS  
PÚBLICOS**

**TOMO IV**

**EL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS  
CONTRATOS PÚBLICOS**

# **TRATADO DE DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

## **TOMO I**

### **EL DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

**" Del ordenamiento jurídico de los contratos de las administraciones públicas y de los organismos autónomos; y los procedimientos de selección, celebración, ejecución y liquidación de los negocios jurídicos estatales".**

## **TOMO II**

### **EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA, DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE Y DE SERVICIOS PÚBLICOS**

**"De la estructuración jurídica, técnica, económica, financiera; y sobre el régimen patrimonial, de riesgos contractuales; y de la selección, celebración, ejecución y liquidación de los contratos de obra y concesiones públicas; y su relación con el derecho comparado y la experiencia internacional".**

## **TOMO III**

### **TEORÍA Y DOGMÁTICA DE LA FALTA CONTRACTUAL Y DERECHO DISCIPLINARIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

**"Sobre la seguridad jurídica en la gestión contractual del Estado, adecuación y tipificación de la falta contractual, y el rol del derecho disciplinario sustancial en el juzgamiento de las faltas disciplinarias pre-contractuales, contractuales y post-contractuales, y los límites del juez disciplinario en relación a los jueces penales, fiscales y contencioso administrativos, conforme a la Ley 1447 de 2011, modificatoria de la Ley 43 de 1990, Ley 80 de 1993, Ley 87 de 1993, Ley 599 de 2000, Ley 610 de 2000, Ley 678 de 2001, Ley 734 de 2002, Ley 906 de 2004, Ley 1150 de 2007; y las Leyes 1437, 1438 y 1453 de 2011".**

## **TOMO IV**

### **EL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

**“Del proceso auditor y de responsabilidad fiscal por causa del daño patrimonial derivado de la gestión pre-contractual, contractual y post-contractual del Estado y los límites del juez de responsabilidad fiscal en relación a los jueces penales, disciplinarios y contencioso administrativos, conforme a la Ley 1447 de 2011, modificatoria de la Ley 43 de 1990, Ley 80 de 1993, Ley 87 de 1993, Ley 599 de 2000, Ley 610 de 2000, Ley 678 de 2001, Ley 734 de 2002, Ley 906 de 2004, Ley 1150 de 2007; y las Leyes 1437, 1438 y 1453 de 2011”.**

## **TOMO V**

### **EL CONTROL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS, LA ACCIÓN CONTRACTUAL, LA JUSTICIA ARBITRAL Y LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

**“ De los procedimientos Administrativos y de lo Contencioso Administrativo, De las controversias contractuales, las acciones contractual, ejecutiva, nulidad simple, de restablecimiento del derecho, reclamaciones económicas administrativas, la justicia arbitral y de los mecanismos de resolución de conflictos por causa de la gestión pre-contractual, contractual y post-contractual del Estado y los límites del juez administrativo en relación a los jueces penales, fiscales y disciplinarios, conforme a la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 446 de 1998, Ley 640 de 2001 y Leyes 1437 y 1474 de 2011”.**

## **TOMO VI**

### **CONTROL PENAL DE LOS DELITOS DE CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS PÚBLICOS**

**“Aspectos sustanciales y procesales de la investigación, imputación, acusación y juicio oral en el sistema acusatorio por causa de la gestión contractual del Estado y de los particulares; y de su concurso con los delitos contra la administración pública, la fe pública y la eficaz y recta impartición de justicia y los límites de la Fiscalía General de la Nación y de los jueces penales en relación a los jueces disciplinarios, fiscales y contencioso administrativos; y la competencia de la justicia internacional contra decisiones judiciales de derecho interno, conforme a la Ley 599 de 2000, Ley 600 de 2000, Ley 906 de 2004, Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007 y Leyes 1453 y 1474 de 2011”.**

## **TOMO VII**

### **DICCIONARIO ESPECIALIZADO DE DERECHO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y PRIVADOS**

**"Contiene los conceptos, nociones e instituciones jurídicas, técnicas, económicas, financieras, ambientales, sociales, tecnológicas, geológicas, geográficas, procedimientos de selección de los contratistas públicos y privados; y los aspectos doctrinarios, jurisprudenciales, normativos y de responsabilidad civil, comercial, penal, fiscal, arbitral, contencioso-administrativa de orden precontractual, de ejecución contractual y postcontractual".**



## **DEDICATORIA**

**La vida conforme al Espíritu de Dios.**

**“...El fruto del Espíritu es amor, alegría, paz, paciencia, afabilidad, bondad, fidelidad”.**

**Epístola del Apóstol San Pablo a los Gálatas, Cap. 5, Ver. 22.**

**A mis padres, Francisco y Juana: A ellos les debo mi ser, me enseñaron los principios y valores fundamentales de la humanidad, el amor, la solidaridad, el respeto y la fe en Dios.**

**A mis hermanos Nora Elena, Ana María; Celideth, Gloria Inés y Leyna Margarita a quienes amo. A ellos el mensaje de nuestros padres.**

**A Carmen Janeth mi esposa, a mis hijos Natalia y Juan David; reina, princesa y príncipe de mi vida. Los Amo, son ustedes la motivación para continuar.**

**A mi sobrina Vanesa, retoño de virtudes. Mi otra hija.**

## Oración de Abandono en el Señor

Padre,  
en tus manos me pongo.  
Haz de mí lo que quieras.  
Por todo lo que hagas de mí,  
te doy gracias.

Estoy dispuesto a todo, lo acepto todo,  
con tal de que tu voluntad se haga en mí  
y en todas tus criaturas.  
No deseo nada mas Dios mío.

Pongo mi alma entre tus manos,  
te la doy, Dios mío,  
con todo el ardor de mi corazón  
porque te amo,  
y es para mí una necesidad de amor  
el darme, el entregarme  
entre tus manos sin medida,  
con infinita confianza,  
por que Tú eres mi padre. Amén.

Presbítero IGNACIO LARRAÑAGA ORBEGOZO  
Secerdote Capuchino, Loyola- España.  
Orden Capuchina Franciscana.

# **TABLA DE CONTENIDO**

**PRESENTACIÓN**

**ABREVIATURAS**

## **LIBRO PRIMERO**

### **EL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA**

#### **PRIMERA PARTE**

#### **ESTRUCTURA JURÍDICA DEL SISTEMA DE CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA**

##### **TÍTULO PRIMERO**

##### **CONTROL FISCAL, PRINCIPIO DEMOCRÁTICO, SEPARACIÓN DE PODERES Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

##### **CAPÍTULO PRIMERO**

##### **DE LA NECESIDAD DEL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA Y DE SU JUSTIFICACIÓN POLÍTICA**

1. Control Fiscal y vigilancia a la gestión fiscal del Estado, principio democrático y separación de poderes.

2. Control Fiscal, Hacienda Pública y vigilancia a los ingresos y gastos del Estado.
3. El control fiscal como herramienta de la democracia representativa en el Estado liberal.
4. El ejercicio del control y vigilancia fiscal en el Estado contemporáneo como herramienta de la democracia participativa.
5. El aporte de la revolución Inglesa a la teoría del control.
6. El aporte de la revolución Norteamericana a la teoría del control.
7. El aporte de la revolución francesa a la teoría del control

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **EL CONTROL Y VIGILANCIA A LA GESTION FISCAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO**

1. Reino de España
2. República Federal de Alemania
3. República de Italia.
4. República de Canadá
5. Estados Unidos de América
6. República de Argentina
7. República Bolivariana de Venezuela
8. República Federativa de Brasil
9. República de Chile
10. República de Cuba.
11. República de Costa Rica.
12. República de Panamá.

**TÍTULO SEGUNDO**  
**EL EJERCICIO DEL CONTROL Y VIGILANCIA A LA GESTIÓN FISCAL EN**  
**COLOMBIA**

**CAPITULO PRIMERO**  
**ANTECEDENTES POLÍTICOS, ECONÓMICOS, CONSTITUCIONALES Y**  
**LEGALES DE LA VIGILANCIA Y CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN**  
**PÚBLICA EN COLOMBIA**

1. Del ejercicio del control y vigilancia fiscal en la época del descubrimiento, conquista y su desarrollo en la colonia.
2. Del ejercicio del control fiscal y de la hacienda pública en la época de formación y consolidación de la República.
3. El contexto político y económico durante el Gobierno de Pedro Nel Ospina Pérez.
4. La misión Edwin Walter Kemmerer y sus recomendaciones fiscales.
5. Creación del Departamento Nacional de Contraloría General de la República como una dependencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
6. El carácter formal y sustancial del control fiscal.
7. La creación constitucional de la Contraloría General de la República como órgano de control y vigilancia autónomo e independiente.
8. La reforma a la Contraloría General de la República en el Gobierno del Alfonso López Michelsen.
  - 8.1. Características del Control Fiscal a partir de la reforma de 1976
  - 8.2. El Control Fiscal a la contratación administrativa desde la perspectiva del decreto ley 222 de 1983.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA Y ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1991.**

1. La propuesta de reforma constitucional presentada por el Gobierno Nacional a la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en materia de control fiscal.
  - 1.1. Naturaleza y ejercicio del control fiscal.
  - 1.2. Elección del Contralor General de la República. Calidades.
  - 1.3. El Contralor General de la República. Atribuciones.
  - 1.4. Vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República.
  - 1.5. Contabilidad de los bienes y fondos públicos.
2. Observaciones y objeciones presentadas por la Contraloría General de la República al proyecto del Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo.
3. De la necesidad de reformar los órganos de control.
4. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y la función fiscalizadora.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FISCAL.**

1. De la regulación constitucional del Control y la vigilancia fiscal.
2. Del principio de legalidad en el Control y la vigilancia fiscal.
  - 2.1 Ley 42 de 1993 sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y de los organismos que lo ejercen.
  - 2.2 Ley 610 del 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.
  - 2.3 Reglamentos autónomos expedidos por el Contralor General de la

República y los contralores territoriales.

3. De la noción de Control Fiscal y de sus características a partir de la Constitución Política de 1991.
4. Características constitucionales y legales del control y la vigilancia fiscal en Colombia.
  - 4.1 El sistema de control fiscal posterior.
  - 4.2 El sistema de control fiscal selectivo.
  - 4.3 El sistema de selección de muestras representativas para la realización de las auditorías fiscales.

### **TÍTULO TERCERO**

## **ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ORGANOS DE CONTROL FISCAL EN COLOMBIA**

### **CAPÍTULO PRIMERO**

## **LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO TITULAR DE LA ACCIÓN FISCAL.**

1. Potestades, atribuciones y funciones constitucionales y legales de la Contraloría General de la República
2. La Contraloría General de la República como órgano autónomo e independiente, titular de la potestad del control y la vigilancia fiscal y de la acción fiscal para el proceso de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva.
3. Postulación, elección y Régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Contralor General de la República

- 3.1. Calidades y requisitos para se Contralor General de la República.
- 3.2. Periodo del Contralor General de la República.
- 3.3.** Procedimiento de postulación y elección del Contralor General de la República.
- 3.4. Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.
  - 3.4.1 Régimen de inhabilidades para el ejercicio del cargo de Contralor General de la República.
  - 3.4.2 Régimen de Incompatibilidades para el ejercicio del cargo de Contralor General de la República.
  - 3.4.3 Consecuencia de las inhabilidad, incompatibilidad constitucionales y legales.
  - 3.4.4 Del conflicto de intereses en el ejercicio del control fiscal
- 4. Facultades Constitucionales del Contralor General de la República.
- 5. Control fiscal excepcional
  - 5.1. Facultad de intervención excepcional por parte de la Contraloría General de la República frente a la competencia de las Contralorías Territoriales.
  - 5.2 Causales para la procedencia del ejercicio del control fiscal excepcional de la Contraloría General de la República.
  - 5.3 Procedimiento administrativo para el ejercicio del control fiscal excepcional.
- 6. Control fiscal excepcional, excluyente y concurrente.
  - 6.1. Control fiscal excepcional excluyente
    - 6.1.1 Control fiscal excepcional integral de carácter excluyente
    - 6.1.2 Control fiscal excepcional excluyente y parcial para el ejercicio de la titularidad de la vigilancia fiscal.
    - 6.1.3 Control fiscal excepcional para el ejercicio de la titularidad de la acción



fiscal asumiendo la competencia en los procesos de responsabilidad fiscal.

6.2. Control fiscal excepcional concurrente.

6.2.1 Control fiscal excepcional concurrente integral

6.2.2 Control fiscal excepcional-concurrente parcial para el ejercicio de la titularidad de la vigilancia fiscal.

7. Facultad de la Contraloría de provocar el incidente de reparación integral en el proceso penal conforme al sistema acusatorio.

8. Organización y objetivos generales de los distintos niveles de organización de la Contraloría General de República.

9. Funciones de Policía Judicial de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales.

10. Los términos que concede las Contralorías a los sujetos de control fiscal para suministrar los documentos de trabajo, actuaciones e información para el proceso auditor.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **DE LAS CONTRALORIAS TERRITORIALES COMO TITULARES DE LA POTESTAD DEL CONTROL Y LA VIGILANCIA DE LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES, DEL PROCESO AUDITOR Y DE LA ACCIÓN FISCAL.**

1. Fundamentos constitucionales de las contralorías territoriales.

2. Facultades constitucionales y legales de las contralorías territoriales

3. De las competencias para el ejercicio del control fiscal territorial.

4. Requisitos legales para la creación de las contralorías municipales.

4.1 Calidades y requisitos constitucionales y legales de los contralores distritales, departamentales y municipales.

- 5. Calidades, postulación, elección y régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los contralores territoriales.
  - 5.1 Calidades y requisitos de los contralores territoriales.
  - 5.2 Periodo de los contralores territoriales
  - 5.3 Sistema de postulación para la integración de la terna y elección por los tribunales administrativos y superiores de distrito judicial y los concejos distritales, municipales y asambleas departamentales.
  - 5.4 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los contralores territoriales.
    - 5.4.1 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los contralores departamentales.
    - 5.4.2 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los contralores municipales.
    - 5.4.3 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los contralores distritales.

### **CAPITULO TERCERO.**

#### **DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO ÓRGANO AUTÓNOMO DE VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN DE LAS CONTRALORIAS.**

- 1. Antecedentes de la Auditoría General de la República
- 2. Del funcionamiento de la Auditoría General de la República
- 3. Estructura organizacional de la Auditoría General de la República
  - 3.1 Funciones del Auditor General de la República
- 4. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses del Auditor General de la República.
  - 4.1. Calidades y Requisitos del cargo de Auditor General de la República.
  - 4.2. Periodo del Auditor General de la República

- 4.3. Integración de la terna por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la elección a cargo del Consejo de Estado.
- 4.4. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Auditor General de la República.
5. El ejercicio del control y vigilancia fiscal a la Auditoría General de la República.

## **TITULO CUARTO**

### **DEL EJERCICIO DEL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

#### **CAPITULO PRIMERO**

#### **SISTEMAS Y PRINCIPIOS DEL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

1. Control fiscal de gestión.
2. Control fiscal de resultados.
3. Control fiscal de legalidad.
4. Control fiscal de rendición de cuentas.
5. Control fiscal de valoración de los costos ambientales.

#### **CAPITULO SEGUNDO**

#### **HERRAMIENTAS Y PRODUCTOS DEL CONTROL FISCAL A LOS CONTRATOS ESTATALES.**

1. Del control macro sobre la planeación de las políticas publicas contractuales.
2. Del control micro sobre la ejecución de la gestión contractual y el

procedimiento de auditoría fiscal.

- 2.1    Sistemas y modalidades de auditoría fiscal a los contratos estatales.
- 2.2.    Modalidades de Auditoría fiscal
  - 2.2.1   Auditoría Gubernamental con enfoque integral-regular.
  - 2.2.2   Auditoría Gubernamental con enfoque integral-especial.
  - 2.2.3   Auditoría Gubernamental con enfoque integral de seguimiento.
- 2.3    Etapas del proceso auditor.
  - 2.3.1   El Plan general de la auditoría
  - 2.3.2   El memorando de auditoría fiscal
  - 2.3.3   Planeación de la Auditoría fiscal
  - 2.3.4   Ejecución del Plan de Auditoría fiscal
  - 2.3.5   Informe de Auditoría fiscal
  - 2.3.6   Plan de mejoramiento de la gestión fiscal del sujeto de control.
- 2.4.    El procedimiento de auditoría y la estructuración de hallazgos como resultado de la auditoría fiscal.
- 2.5    Modalidades de hallazgos y procedimientos para la adecuada estructuración de los hallazgos.
  - 2.5.1.   Del Hallazgo fiscal.
  - 2.5.2.   Del Hallazgo Penal.
  - 2.5.3.   Del Hallazgo disciplinario.
  - 2.5.4.   Del Hallazgo administrativo.
3.    El proceso de responsabilidad fiscal.
4.    El proceso de jurisdicción coactiva.
5.    El proceso administrativo sancionatorio de naturaleza fiscal.
6.    El control o función de advertencia como herramienta de prevención del riesgo de daño al patrimonio público que incorpora el contrato estatal.

7. La suspensión en el ejercicio del cargo de servidor público exigida por los contralores en ejercicio del principio constitucional de verdad sabida y buena fe guardada.

## **TÍTULO QUINTO**

### **DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ D.C.**

#### **CAPÍTULO PRIMERO**

##### **EL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN BOGOTÁ D.C**

1. Fundamentos legales del control fiscal en Bogotá D.C; decreto ley 1421 de 1993 y ley 617 de 2000.
2. Facultades constitucionales y legales del Contralor de Bogotá D.C.

#### **CAPÍTULO SEGUNDO**

##### **ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C.**

1. De la Organización de la Contraloría de Bogotá: Acuerdo 361 de 2009.
2. Funciones de la Contraloría de Bogotá D.C.
3. Competencias de la Contraloría de Bogotá D.C.
4. Sujetos de control fiscal de la Contraloría de Bogotá D.C.

#### **CAPÍTULO TERCERO**

##### **CONTROL FISCAL MACRO A LA GESTIÓN CONTRACTUAL EN EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ.**

1. Productos del control fiscal macro.

- 1.1 Informes obligatorios de control fiscal macro.
  - 1.1.1 Informe del balance social y evaluación de las políticas públicas del Distrito Capital.
  - 1.1.2 Informe de evaluación integral a la gestión de las entidades y el plan de desarrollo del Distrito Capital.
  - 1.1.3 Informe del Estado de las Finanzas del Distrito Capital de Bogotá.
  - 1.1.4 Informe del estado de los recursos naturales y del medio ambiente
  - 1.1.5 Dictámen de la Contraloría de Bogotá sobre los estados contables de las entidades distritales sujetos de control fiscal.
  - 1.1.6 Informe sobre la cuenta general del presupuesto y del tesoro del D.C.
- 2. Informes estructurales de la Contraloría de Bogotá.
- 3. Estudios sectoriales de la Contraloría de Bogotá.
- 4. Pronunciamientos de la Contraloría de Bogotá.
- 5. De la competencia de la Contraloría de Bogotá para certificar el registro de la deuda pública Distrital.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **EL CONTROL FISCAL MICRO A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ.**

- 1. El proceso Auditor en el Distrito Capital de Bogotá.
- 2. Los hallazgos temerarios y las consecuencias penales y disciplinarias para el servidor público del control fiscal.
- 3. El principio del nom bis ídem en el proceso auditor.
- 4. La audiencia o mesa de trabajo para la discusión del informe preliminar de auditoría entre el grupo auditor y el sujeto de control: Noción, alcance y metodología para su desarrollo.
- 5. El informe preliminar de Auditoría fiscal.

6. El Informe Definitivo de Auditoría fiscal.
7. Los Planes de Mejoramiento de los sujetos de control fiscal como consecuencia de los hallazgos administrativos.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y DE JURISDICCIÓN COACTIVA POR DAÑO PATRIMONIAL OCURRIDO DURANTE LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ.**

1. De la Competencia para el trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal al interior de la Contraloría de Bogotá, D.C.
2. Actuaciones y procedimientos administrativos reglamentarios en el ejercicio de la titularidad de la acción fiscal por parte de la Contraloría de Bogotá D.C.

## **CAPÍTULO SEXTO**

### **PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE NATURALEZA FISCAL EN LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ CONTRA LOS SUJETOS DEL CONTROL Y VIGILANCIA**

1. Fundamentos constitucionales del proceso administrativo sancionatorio de naturaleza fiscal
2. Naturaleza administrativa y fundamentos legales del proceso administrativo sancionatorio fiscal.
3. Principios constitucionales de la función administrativa aplicables al proceso administrativo sancionatorio de naturaleza fiscal.
4. Elementos estructurales de la conducta fiscal objeto de sanción.

5. Procedimiento administrativo sancionatorio de carácter fiscal.

## **CAPÍTULO SÉPTIMO**

### **RELACIÓN COSTO- BENEFICIO DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA DISTRITAL.**

1. Metodología para la determinación de la relación costo-beneficio del control fiscal y el ahorro preventivo del daño patrimonial.
2. Análisis de una muestra representativa en Bogotá D.C.

## **SEGUNDA PARTE**

### **RESPONSABILIDAD FISCAL, DAÑO PATRIMONIAL Y LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

#### **TITULO PRIMERO**

#### **DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON OCASIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

##### **CAPITULO PRIMERO**

##### **LA RESPONSABILIDAD FISCAL, GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y DAÑO CONTRACTUAL.**

1. Del principio de responsabilidad de los servidores públicos o particulares como gestores fiscales.
2. La responsabilidad fiscal y de los sujetos de control fiscal: El gestor fiscal contractual.
3. Noción de Gestión fiscal de los contratos estatales.
4. Elementos estructurales de la responsabilidad fiscal por la ocurrencia del daño



contractual.

5. La conducta en materia de responsabilidad fiscal atribuible al gestor fiscal contractual.
6. Daño contractual, imputación al gestor fiscal y fundamento de la responsabilidad fiscal.
7. El nexo causal entre el daño contractual, conducta y fundamento de la imputación y de la responsabilidad fiscal.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **DEL DAÑO PATRIMONIAL, RESPONSABILIDAD FISCAL Y LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN SUS FASES DE FORMACIÓN, EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN**

1. Noción de daño patrimonial en materia de contratación estatal.
2. Criterios para la reparación del daño patrimonial en materia de responsabilidad fiscal.
3. **La importancia del daño patrimonial en la responsabilidad fiscal.**
  - 3.1. **De la necesidad de establecer la existencia del daño, la imputación y el fundamento para declarar la responsabilidad fiscal.**
  - 3.2. Las contralorías tienen la carga de probar la existencia del daño para declarar la responsabilidad fiscal.
  - 3.3. La reparación integral del daño contractual.
  - 3.4. Diferencia entre el concepto de daño y perjuicio.
  - 3.5. El proceso de responsabilidad fiscal debe tener en cuenta el pago de la aseguradora, del investigado, imputado o de un tercero sin importar el

procedimiento administrativo o judicial donde se produzca.

3.6 De las características del daño contractual y de la existencia del perjuicio contractual.

3.6.1 El daño contractual debe ser cierto, presente y real por oposición al daño eventual.

3.6.2 El daño contractual debe ser pasado y consolidado.

3.6.3 El daño contractual puede ser no consolidado, pero reparable de manera excepcional a partir de situaciones jurídicas existentes.

3.6.4 El daño contractual puede ser no consolidado, pero reparable de manera excepcional a partir de situaciones jurídicas inexistentes.

3.7 El carácter institucional u orgánico del daño patrimonial.

3.8 De las tipologías de los perjuicios derivados del daño patrimonial en materia de responsabilidad fiscal.

3.8.1 El daño emergente causado a los bienes del Estado.

3.8.2 El daño emergente causado por el daño contractual

3.8.3 El lucro cesante causado por el daño contractual

3.8.4 Metodología para la cuantificación y liquidación del daño patrimonial y de los perjuicios en materia de responsabilidad fiscal.

3.9 El dolo y la culpa grave en la responsabilidad fiscal por el daño patrimonial ocurrido con ocasión de la gestión de los contratos estatales.

3.10 la determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal conforme a la Ley 1474 de 2011.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL: LA INVESTIGACIÓN Y EL JUICIO FISCAL POR DAÑO PATRIMONIAL DERIVADO DE LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

1. Principios orientadores del proceso de responsabilidad fiscal.
2. Naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal como conjunto de actuaciones administrativas que dan como resultado la expedición de un acto administrativo complejo, definitivo, reglado, individual y concreto susceptible de impugnación ante el juez administrativo.
3. El procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal conforme a la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011.
  - 3.1 El proceso ordinario de responsabilidad fiscal.
    - 3.1.1. Formas de iniciación del Proceso y aplicación de la regla inquisitiva y dispositiva.
    - 3.1.2. De la Indagación Preliminar en la ley 610 de 2007 y la Ley 1474 de 2011.
    - 3.1.3. La apertura del proceso de responsabilidad fiscal.
    - 3.1.4. Contenido del auto de apertura de responsabilidad fiscal.
    - 3.1.5. Del fallo con responsabilidad fiscal y ejecutoria de la providencia.
    - 3.1.6. Alcance y Consecuencias del fallo con responsabilidad fiscal.
4. De la conexidad, la unidad procesal y la acumulación de proceso.
5. Suspensión de términos en el proceso de responsabilidad fiscal.
6. Caducidad y prescripción de carácter fiscal
7. Régimen de Impedimentos, recusaciones y conflicto de intereses
8. Régimen de Nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal y su saneamiento.
  - 8.1. De las Nulidades en particular y su saneamiento dentro del proceso de responsabilidad fiscal.
9. Régimen Probatorio del proceso de responsabilidad fiscal: Pruebas fiscales.
  - 9.1. Principios y reglas técnicas de la prueba en el proceso de responsabilidad fiscal.
  - 9.2. De la Conducencia, pertinencia y la licitud de la pruebas fiscales.
  - 9.3. De los Sistemas de valoración probatoria.

10. De la visita fiscal especial o visita especial como medio de prueba.
11. El contrato de seguro y la vinculación de la aseguradora como garante del contrato estatal.
12. La vinculación de la aseguradora en su doble condición de garante y de co-contratante en el caso de la cesión de los contratos estatales.
13. Procedencia de las medidas cautelares en proceso de responsabilidad fiscal.
14. Intervención de parte civil
15. El cierre del proceso por cesación de la acción fiscal.
16. La muerte del implicado no es causal de cesación del proceso de responsabilidad fiscal: Emplazamiento de herederos.
17. Intervención del Ministerio Público en el proceso de responsabilidad fiscal.
18. La versión libre como herramienta para el ejercicio del derecho de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal.
19. Atribuciones de policía judicial de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales, conforme al Manual Único de Policía Judicial.
20. Grupos interinstitucionales de investigación
21. Suspensión de términos, unidad procesal, conexidad, acumulación de procesos, reapertura y grado de consulta.
22. Reserva, expedición de copias, traslado de pruebas y compulsas a otras autoridades administrativas, penales, disciplinarias y fiscales.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **ASPECTOS PROCESALES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, LA GARANTIA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO DE DEFENSA, DE AUDIENCIA, CONTRADICCIÓN, IMPARCIALIDAD, DE INDEPENDENCIA DEL JUEZ Y DE MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES.**

## 1.- La prueba en el proceso de responsabilidad fiscal

### 1.1 Necesidad de la prueba

#### 1.1.1 Conducencia de la prueba

#### 1.1.2 La pertinencia de la prueba

#### 1.2.3 La procedencia de la prueba

#### 1.2.4 La utilidad de la prueba

### 1.2 La prueba para declarar la responsabilidad fiscal, certeza, duda y opiniones

### 1.3 Medios probatorios

### 1.4 Petición y libertad de pruebas

### 1.5 Apreciación integral de las pruebas

### 1.6 Comisión para la práctica de las pruebas

### 1.7 Apreciación integral de las pruebas

### 1.8 Aseguramiento de las pruebas fiscales

### 1.9 Pruebas inexistentes o nulas de pleno derecho

### 1.10 Visitas fiscales y visitas especiales

### 1.11 Oportunidad para controvertir pruebas

## 2. Régimen de impedimentos, recusaciones y conflicto de intereses en el proceso de responsabilidad fiscal

### 2.1 Declaración de impedimentos por parte de los servidores públicos que conozcan de indagaciones preliminares y/o procesos de responsabilidad fiscal.

### 2.2 Causales de conflicto de intereses, impedimentos y recusaciones del artículo 11 de la Ley 1474 de 2011.

#### 2.2.1 Causales de conflicto de intereses, impedimentos y recusaciones de la Ley Ley 1474 de 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.2 Causales de impedimentos y recusaciones del Código de Procedimiento Civil para los procesos de jurisdicción coactiva de competencia de las contralorías.

2.2.3 Causales de impedimentos y recusaciones del Código de Procedimiento Penal.

3. Procedimiento en caso de impedimento, recusaciones y conflicto de intereses.

4 Régimen de nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal

4.1 Causales de nulidades del proceso de responsabilidad fiscal.

4.2 Saneamiento de las nulidades

4.3 Término y oportunidad para proponer nulidades

5. Actuaciones administrativas en el proceso de responsabilidad fiscal, etapas y acto administrativo que concluye la actuación fiscal.

5.1 Indagación preliminar de naturaleza fiscal.

5.2 Apertura del proceso de responsabilidad fiscal

5.3 Requisitos y contenido del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

5.4 Garantía de defensa del implicado como persona natural, persona jurídica, unión temporal o consorcio.

5.5 Nombramiento de apoderado de oficio

5.6 Vinculación del garante del contrato al proceso de responsabilidad fiscal, artículo 44 de la Ley 610 de 2000.

5.7 Término de la investigación fiscal y evaluación del mérito probatorio.

5.7.1 Auto de Archivo de la investigación fiscal

5.7.2 Auto de imputación de responsabilidad fiscal

5.7.2.1 Notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal.

5.7.2.2 Traslado para presentar argumentos de defensa frente a la imputación.

5.7.2.3 Decreto y práctica de pruebas.

5.8 Término para proferir fallo de responsabilidad fiscal

5.8.1 Fallo con responsabilidad fiscal

- 5.8.2 Fallo sin responsabilidad fiscal
- 5.8.3 Notificación del fallo y ejecutoria de la providencia
- 5.8.4 Segunda instancia de la providencia que decide el proceso de responsabilidad fiscal.
- 5.9 Consecuencias y efecto del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal.
  - 5.9.1 El mérito ejecutivo del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal.
  - 5.9.2 La impugnación del acto ante la jurisdicción contenciosa administrativa mediante la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho
  - 5.9.3 El boletín de responsables fiscales.
  - 5.9.4 La causal de caducidad del contrato estatal como consecuencia de un fallo de responsabilidad fiscal ejecutoriado contra un contratista estatal que sea gestor fiscal.
  - 5.9.5 La inhabilidad para ejercer cargo, empleo público de elección o nombramiento y celebrar contratos estatales.
- 5.10 Control fiscal excepcional en el proceso de responsabilidad fiscal.
- 5.11 Constitución de parte civil, y la participación de la Contraloría como víctima en el proceso penal acusatorio e incidente de reparación integral.
- 5.12 Remisión a otras fuentes normativas.
- 5.13 Facultades de investigación de los organismos de control fiscal.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **EL PROCESO DE JURISDICCIÓN COACTIVA Y EL FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EJECUTORIADO COMO TÍTULO EJECUTIVO.**

1. Generalidades del proceso de jurisdicción coactiva.
2. Naturaleza jurídica del proceso de jurisdicción coactiva
3. Caducidad y prescripción en los procesos de jurisdicción coactiva.
4. Del mérito ejecutivo como presupuesto para el proceso ejecutivo de jurisdicción

coactiva.

4.1. Mérito ejecutivo de actos administrativos de los fallos con responsabilidad fiscal contenidos en providencias debidamente ejecutoriadas.

4.1.1. Actos administrativos ejecutoriados expedidos por las Contralorías que impongan multas.

4.1.2. Las pólizas de seguros y demás garantías de las entidades públicas que se integran a los fallos con la responsabilidad fiscal.

4.1.3. Integración del título ejecutivo.

5. Actos administrativos que prestan mérito ejecutivo de naturaleza fiscal.

6. El procedimiento administrativo de de jurisdicción coactiva de competencia de las Contralorías.

6.1. El mandamiento de pago emitido por el juez de jurisdicción coactiva.

6.2. Medidas cautelares en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal

6.3. Excepciones y sentencias

6.4 Los acuerdos de pago

6.5. De las acciones para evitar la insolvencia del deudor fiscal y de las acciones revocatorias.

7. El proceso ejecutivo de jurisdicción coactiva conforme a la Ley 42 de 1993 y el Código de Procedimiento Civil.

8. El proceso verbal de responsabilidad fiscal conforme a la Ley 1474 de 2011.

8.1 Características del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.

8.2 Audiencia de descargos en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.

8.3 Del procedimiento y trámite de la audiencia de descargos.

8.4 Del procedimiento y trámite de la audiencia de Decisión fiscal.

## **TITULO SEGUNDO**



# **CONTROL FISCAL, POLÍTICAS PÚBLICAS Y GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

## **CAPITULO PRIMERO**

### **CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL A LOS CONTRATOS ESTATALES.**

1. Noción de la acción, gestión fiscal y de gestores fiscales de los contratos estatales.
2. Elementos de la gestión fiscal pre-contractuales, de ejecución contractual y postcontractual de la responsabilidad fiscal.
  - 2.1. La conducta dolosa o gravemente culposa precontractual, contractual o postcontractual de la responsabilidad fiscal.
  - 2.2. El daño patrimonial al Estado de naturaleza precontractual, contractual y postcontractual.
  - 2.3. El nexo causal entre daño patrimonial, imputación al gestor fiscal y fundamento para tener el deber jurídico de reparar.
3. La responsabilidad fiscal del gestor contractual por el hecho propio y por el hecho ajeno.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **SUJETOS DE CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL Y SUJETOS CONTRACTUALES.**

1. La administración pública como contratante y contratista estatal y sujeto del control fiscal.
2. El particular contratista como colaborador del Estado como gestor fiscal y sujeto de control y vigilancia fiscal.
3. Sujetos contractuales típicos singulares de la gestión contractual estatal.

- 3.1 Personas naturales: nacionales y extranjeras
- 3.2 Personas jurídicas:
  - 3.2.1. Personas jurídicas públicas.
  - 3.2.2. Personas jurídicas privadas nacionales y extranjeras:
    - 3.2.2.1. Fundaciones.
    - 3.2.2.2. Asociaciones o Corporaciones
    - 3.2.2.3. Sociedades comerciales
- 4. Entidades públicas con capacidad y/o competencia para contratar
- 5. Aspectos relevantes de las sociedades comerciales para el contrato estatal y la responsabilidad fiscal.
  - 5.1. Sociedades Anónimas- S.A.
  - 5.2. Sociedades de responsabilidad limitada- LTDA.
  - 5.3. Sociedades en comanditas por acciones- S.C.A
  - 5.4. Sociedades en comanditas simples-S.C.S.
  - 5.5. Sociedades colectivas.
  - 5.6. Empresas unipersonales-E.U.
  - 5.7. Sociedades por acciones simplificadas-S.A.S.
- 6. Sujetos contractuales atípicos plurales:
  - 6.1. Consorcios y Uniones Temporales.
  - 6.2. Promesa de sociedad futura y sociedades con objeto único.
- 7. Personas extranjeras de derecho público, organismos multilaterales de crédito y de cooperación, asistencia o ayudas internacionales.
  - 7.1. Personas extranjeras de derecho público.
  - 7.2. Organismos multilaterales de crédito.
  - 7.3. Organismos multilaterales de cooperación, asistencia o ayuda internacional

### **CAPITULO TERCERO**

#### **LA RESPONSABILIDAD FISCAL DERIVADA DEL EJERCICIO DE LA DELEGACIÓN, DESCONCENTRACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN PARA LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.**

1. Noción de delegación contractual y la responsabilidad fiscal.
2. La delegación total o parcial de carácter contractual.
  - 2.1. La delegación total o parcial en razón a la cuantía del contrato.
  - 2.2. La delegación total o parcial en razón a la fase del contrato.
3. La desconcentración contractual y responsabilidad fiscal.
4. La descentralización contractual y responsabilidad fiscal.
5. Responsabilidad fiscal, poder de instrucción, control jerárquico y de tutela en el ejercicio de funciones delegadas y desconcentradas.

### **TITULO TERCERO**

#### **ACCIONES CONSTITUCIONALES Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS PARA RESOLVER LAS TENSIONES ENTRE LOS GESTORES FISCALES Y LA VIGILANCIA A LA ADECUADA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

### **CAPITULO PRIMERO**

#### **ACCIONES CONSTITUCIONALES DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

1. La Contraloría como titular de las acciones constitucionales derivadas del control fiscal.
  - 1.1 Del ejercicio de la acción de cumplimiento y de la petición administrativa de cumplimiento de aplicación de una norma jurídica de contenido material por parte de las contralorías.
  - 1.2 La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos

fundamentales y su relación con el patrimonio público.

1.3 Control fiscal y las Acción populares y de grupo.

1.4. La acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal.

2. Gestores fiscales y particulares como titulares de las acciones constitucionales contra actuaciones de control y vigilancia fiscal de las contralorías.

2.1. La acción constitucional de cumplimiento.

2.2. La acción constitucional de tutela como herramienta contra la decisión de suspensión del funcionario en ejercicio del principio de verdad sabida y buena fe guardada.

2.3. Las acciones popular y de grupo ejercidas contra actuaciones de un órgano de control fiscal.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS CONTRA LOS ACTOS DE NATURALEZA FISCAL DE LAS CONTRALORÍAS.**

1. La acción de Nulidad Simple.

2. La acción de Nulidad Simple contra el acto administrativo de la Contraloría que ejerce el control fiscal excepcional y concurrente.

3. La Acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho contra actos administrativos que declara la responsabilidad fiscal.

4. El control de legalidad externo del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal a un sujeto de control.

5. El control de legalidad externo contra el acto administrativo proferido en un procedimiento sancionatorio contra el gestor fiscal.

6. La acción de reparación directa contra las contralorías por el el daño que

ocasiona durante el ejercicio del proceso auditor y el proceso de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva por falla en el servicio o administración defectuosa de justicia fiscal.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **RESPONSABILIDAD FISCAL, ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS Y REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO QUE DECLARA LA RESPONSABILIDAD FISCAL.**

1. De la revocatoria directa del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal o impone una sanción como consecuencia de un procedimiento administrativo sancionatorio o ejerce el control excepcional.
2. Causales de revocatoria directa de los actos administrativos de contenido individual y concreto expedidos por los funcionarios durante el ejercicio del control y la vigilancia fiscal de los procesos de responsabilidad fiscal.
3. Procedimiento administrativo de revocatoria directa.

## **LIBRO SEGUNDO**

### **EL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

#### **PRIMERA PARTE**

#### **EL CONTROL FISCAL A LOS CONTRATOS ESTATALES EN RAZÓN AL OBJETO, AL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE Y A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL GESTOR Y SUJETO DE CONTROL FISCAL.**

#### **TÍTULO PRIMERO**

#### **EL PROCESO AUDITOR Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL DE ACUERDO A**

## **LAS TIPOLOGIAS DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

### **CAPITULO PRIMERO**

#### **EL PROCESO AUDITOR Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.**

1. Modalidades del contrato de obra pública de acuerdo a la cláusula de precio y pago.
  - 1.1. El control fiscal al contrato de obra pública a precio global o alzado: precio global fijo y precio global con formula de reajuste
  - 1.2. Control fiscal al contrato de obra pública a precios unitarios.
  - 1.3. Control fiscal al contrato de obra pública por el sistema de administración delegada.
  - 1.4. Control fiscal al contrato de obra pública por el reembolso de gastos y pago de honorarios.
2. Control fiscal al contrato de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte con fase de preconstrucción, construcción y mantenimiento con entrega de estudios y diseños.
3. El control fiscal y contrato de obra pública y de concesión de infraestructura del transporte-llave en mano.

### **CAPITULO SEGUNDO**

#### **EL PROCESO AUDITOR Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE.**

1. El contrato de concesión de infraestructura de transporte en Colombia clasificados en generaciones según la estructuración jurídica, técnica y financiera de cada proyecto concesional.

- 1.1 Concesiones viales de primera generación.
- 1.2 Concesiones viales de segunda generación.
- 1.3 Concesiones viales de tercera generación.
- 1.4 Concesiones viales de cuarta generación.
- 1.5 Control fiscal durante la etapa precontractual de concepción o formación del contrato estatal.
- 1.6 Control fiscal durante la etapa contractual o de ejecución del contrato estatal de construcción, rehabilitación, mantenimiento, operación y recaudo.
  - 1.6.1. Control fiscal durante la etapa de operación del contrato de concesión
  - 1.6.2. Control fiscal durante la etapa de rehabilitación y mantenimiento del contrato de concesión
- 2. El control fiscal durante la etapa de a la fase postcontractual en especial a la cláusula de reversión.
- 3. El contrato de concesión por iniciativa privada: la licitación provocada.
- 4. La renegociación de las concesiones en Colombia, adiciones en plazo y control fiscal.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **CONTROL FISCAL, GESTIÓN PREDIAL, NEGOCIACIÓN DIRECTA, EXPROPIACIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN DE, EL PRECIO, RECONOCIMIENTO Y CANCELACIÓN DE INDEMNIZACIONES.**

- 1. La enajenación voluntaria o negociación directa.
  - 1.1. Primera Fase: La oferta de compra.

- 1.2. Segunda Fase: La negociación del precio.
- 1.3. Tercera Fase: El Proceso de expropiación propiamente dicho.
  - 1.3.1. La expropiación por vía judicial.
  - 1.3.2. La expropiación por vía administrativa.
- 2. La enajenación voluntaria como mecanismo para la adquisición de bienes inmuebles declarados de utilidad pública o interés social.
  - 2.1. Naturaleza jurídica de la oferta de compra.
  - 2.2. Control fiscal y naturaleza jurídica de la indemnización en los procesos de expropiación judicial.
    - 2.2.1. La indemnización debe ser justa.
    - 2.2.2. Estimación y tasación de la indemnización dependiendo de la función que esta cumple.
      - 2.2.2.1. Función compensatoria.
      - 2.2.2.2. Función reparatoria.
      - 2.2.2.3. Función restitutiva.
  - 2.3. Control fiscal e igualdad de criterios en la estimación tanto de la indemnización que realiza el juez, como del precio negociado en la etapa de enajenación voluntaria.
- 3. Gestión y Riesgo predial en los contratos de obra pública y de concesión de infraestructura vial.
- 4. Gestión predial para la contratación de proyectos de infraestructura del transporte conforme a la Ley 1474 de 2011.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **EL PROCESO AUDITOR Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN OTROS CONTRATOS TIPICOS Y ATIPICOS.**



1. En los contratos típicos:

1.1. Contrato de consultoría:

1.1.1. Contrato de consultoría para los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión.

1.1.2. Contrato de consultoría para estudio de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos.

1.1.3. Contrato de consultoría para la asesoría técnica de coordinación, control y supervisión.

1.1.4. Contrato de Interventoría y/o supervisión.

1.1.5. Contrato de consultoría para la asesoría técnica en gerencia de obra o proyectos.

1.1.6. Contratos de consultoría para la dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

1.2. El Contrato de prestación de servicios:

1.2.1. Contrato de prestación de servicios en el Decreto 150 de 1976.

1.2.2. Contrato de prestación de servicios en el Decreto Ley 222 de 1983.

1.2.3. Contrato de prestación de servicios en la Ley 80 de 1993.

1.2.4. Contrato de prestación de servicios en el Decreto 2170 de 2001

1.2.5. Contrato de prestación de servicios de la Ley 1150 de 2007

1.2.6. Contrato de prestación de servicios en el Decreto 066 de 2008

1.2.7. Contrato de prestación de servicios en el Decreto 2474 de

2008

1.2.8 El Contratista de prestación de servicios en la Ley 1474 de 2011, como sujeto disciplinable, gestor fiscal y responsable en materia penal conforme al régimen de los servidores públicos.

1.2.9 Contrato de prestación de servicios profesionales.

1.2.9.1 De la selección de los contratistas de prestación de servicios.

1.2.9.2 De la idoneidad

1.2.9.3 De la experiencia

1.2.9.4 De la capacidad

1.2.10 Contratos de prestación de servicios especializados.

1.2.11 Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión.

1.2.12 Contrato de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos.

1.3 Contrato de suministro de bienes muebles -maquinaria y equipos, y servicios de mantenimiento, aseo, vigilancia y otros servicios técnicos de reparación de equipos.

1.4 Contrato de compraventa de bienes

1.5 Contrato de fiducia pública.

1.6. Contrato de encargo fiduciario.

1.7. Contrato de empréstitos nacionales e internacionales.

1.8. El contrato mercantil de seguros que ampara obligaciones adquiridas por el contratista estatal.

1.9. La posición de los órganos de control y vigilancia fiscal y disciplinaria en relación a los requisitos y mecanismos de selección genera incertidumbre en el operador jurídico.

1.10 El contrato privado de fiducia mercantil para el manejo de

los anticipos en los contratos de obra, concesión y salud o los que se adjudiquen en licitación pública.

2. En los contratos estatales atípicos:

2.1. Contrato de leasing

2.1.1 Naturaleza jurídica del contrato de leasing

2.1.2 Características del contrato de leasing

2.2 Contrato de factoring.

2.2.1 Naturaleza jurídica del contrato de factoring

2.2.2 Características del contrato de factoring

2.3. Contrato de franquicia.

2.3.1 Naturaleza jurídica del contrato de franquicia

2.3.2 Características del contrato de franquicia

2.4. El contrato Joint venture.

2.4.1 Naturaleza jurídica del contrato de join venture

2.4.2 Características del contrato de join venture

2.5. El contrato Merchandising.

2.6. El contrato Putting out system.

2.7. El contrite Just in time.

2.8. El contrato Swap

2.8.1 Partes intervinientes en el contrato de swap

2.8.2 Naturaleza jurídica del contrato swap

2.8.3 Características del contrato swap

2.9. El contrato Forward

2.9.1 Partes intervinientes en el contrato forward

2.9.2 Características del contrato forward

2.10. El contrato Opción

- 2.10.1 Naturaleza jurídica del contrato opción
- 2.10.2 Partes intervinientes en el contrato opción
- 2.10.3 Características del contrato opción
- 2.11 El contrato Underwriting.
  - 2.11.1 Naturaleza jurídica del contrato Underwriting
  - 2.11.2 Partes intervinientes del contrato Underwriting.
  - 2.11.3 Características del contrato Underwriting.
- 2.12. El contrato Reporto.
  - 2.12.1 Partes intervinientes en el contrato reporto.
  - 2.12.2 Características del contrato reporto.
- 2.13 El contrato outsourcing.
  - 2.13.1 Naturaleza jurídica del contrato outsourcing.
  - 2.13.2 Partes intervinientes en el contrato outsourcing.
  - 2.13.3 Características del contrato outsourcing.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **DE LOS CONTRATOS SIMULADOS Y FRAUDULENTOS: EL TESTAFERRATO CONTRACTUAL**

- 1. Los contratos estatales simulados y fraudulentos
  - 1.1 Los contratos estatales simulados
  - 1.2 Los contratos estatales fraudulentos
- 2. De las modalidades de selección de contratistas estatales y el fraude contractual.
  - 2.1 El fraude en relación a la cuantía del contrato estatal
  - 2.2 El fraude en razón al objeto del contrato.
  - 2.3 El fraude en razón a la naturaleza, cantidad, estado y calidad de los bienes y servicios, y el acto de recibo y entrega a satisfacción.

3. Los contratos estatales celebrados con personas naturales y/o personas jurídicas no declarados como unidad de empresas.
4. Los contratos estatales celebrados con personas naturales y/o personas jurídicas declarados por la autoridad como unidad de empresa.
5. Los contratos estatales celebrados con personas naturales, personas jurídicas, consorcios, uniones temporales que hacen contribuciones a partidos, movimientos y candidatos para financiar campañas políticas.
6. Los vínculos de consanguinidad, afinidad y civil asociados a personas naturales y jurídicas que celebra contratos estatales.
7. El testaferrato contractual por interpuesta persona
8. Los denominados carruseles de contratación como expresión del testaferrato contractual.
9. Las pirámides financieras y grupos económicos que suscriben contratos estatales.
10. El móvil de la simulación y el fraude en los contratos estatales.
11. Consecuencias penales, fiscales, disciplinarias y administrativas de los contratos simulados y fraudulentos: La experiencia en Colombia.
12. Modalidades y formas de comportamiento en el testaferrato, fraude, simulación en los contratos estatales.
  - 12.1 Noción y alcance del testaferrato en los contratos estatales.
  - 12.2 Los contratos simulados y fraudulentos de prestación de servicios con prima de éxito.
  - 12.3 Los contratos de fiducia mercantil irrevocable que tienen como fuente de ingresos la facturación de contratos estatales mediante cesión de derechos económicos.
  - 12.4 Los subcontratos y ofertas mercantiles suscritos con contratistas

estatales para suministrar bienes y servicios.

12.5 El rol de la entidad contratante, de los interventores y supervisores en el giro, manejo, inversión y liquidación de los anticipos.

12.6 Las actas fraudulentas de liquidación de los contratos estatales

12.7 Las actas fraudulentas de recibo y entrega de los bienes y servicios contratados.

12.8 Las adiciones en plazo, adiciones en recursos, contratos adicionales y mayores cantidades de obra simuladas y fraudulentas.

12.9 Las mayores permanencias en las obras simuladas y fraudulentas.

12.10 El restablecimiento fraudulento del equilibrio económico del contrato.

12.11 Las mayores cantidades ejecutadas de redes de desvíos, demolición y deposición de escombros mediante maniobras fraudulentas.

12.12 El fraude por mayor permanencia por riesgos prediales.

12.13 El fraude contractual mediante las glosas a los diseños por parte del contratista.

12.14 La simulación y el fraude mediante la acreditación de requisitos técnicos, financieros, jurídicos de experiencia y de recurso humano disponible de los oferentes para acceder a los contratos estatales.

13. Concepto de diversificación empresarial, unidad de empresa, pirámides financieras, registro de proponentes en los contratos estatales simulados y fraudulentos.

14. Enriquecimiento sin causa de uno de los sujetos contractuales para el legítimo restablecimiento del carácter conmutativo de los contratos estatales.

## **TÍTULO SEGUNDO**

**CONTROL FISCAL, ESTATUTO GENERAL DE LA CONTRATACIÓN  
ESTATAL, RÉGIMENES ESPECIALES Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD  
CONTRACTUAL.**

**CAPÍTULO PRIMERO**

**EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LAS  
ADMINISTRACIONES PUBLICAS.**

1. Ámbito de Aplicación del Estatuto de Contratación de las Administraciones Públicas.
2. Aspectos Constitucionales del Estatuto General de Contratación.
3. Principios Constitucionales y de la Función Administrativa aplicables ala Contratación Estatal.
4. Los Procesos de Selección en el Estatuto General de Contratación.
  - 4.1. Licitación Pública.
  - 4.2 Selección Abreviada.
  - 4.3 Concurso de Méritos.
  - 4.4. Contratación Directa.
  - 4.5. Contratación de mínima cuantía.
5. Régimen Reglamentario de los Procesos de Selección. Decreto 2474 de julio 7 de 2008.
6. Régimen Reglamentario para la Enajenación de Bienes del Estado por Parte de la Entidades Sometidas al estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Decreto 4444 de noviembre 25 de 2008.
7. Régimen Reglamentario de Garantías en la Contratación de la Administración Pública. Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008.
8. Régimen Reglamentario para el Registro Único de Proponente. Decreto

4881 del 31 de diciembre de 2008.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO Y EN RELACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTES.**

#### **A. REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO.**

1. Los Contratos de las Entidades de Crédito del Estado.
2. Los Contratos de las Entidades aseguradoras estatales.
3. Los Contratos de las Entidades Fiduciarias Estatales
4. Los Contratos de Compraventa de Bienes Inmuebles Estatales.
  - 4.1. Estado Comprador.
  - 4.2. Estado Vendedor.
5. El Contrato Estatal de Avalúo.
6. Contrato Estatal de Empréstito.
7. Contrato estatal de Comodato.
8. Contrato Estatal de Mutuo.
9. La Donación.
10. Contrato estatal de arrendamiento
  - 10.1. El Estado Arrendador.
  - 10.1 El Estado Arrendatario.
11. Imposición de Servidumbre y ocupación temporal de bienes inmuebles.
12. Contrato Estatal de Ciencia y Tecnología.
13. El Contrato Estatal de Fiducia Pública.
14. El contrato estatal del Encargo Fiduciario.



15. Los Contratos Estatales de Edición, Impresión y publicación.
16. Régimen de los contratos para la realización de inversiones en nuevas plantaciones forestales de carácter protector.
17. Régimen de Contratos para el desarrollo de proyectos culturales.
18. Régimen de contratos para la venta de la propiedad accionaria de las entidades del Estado.
19. Régimen de causales de Caducidad de los contratos estatales de orden público.
20. La caducidad por la declaratoria de responsabilidad fiscal.

**B. REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTES.**

1. Los Contratos celebrados por las Instituciones públicas de educación superior de carácter profesional, tecnológicas y técnicas.
2. Los Contratos celebrados por el Banco de la República.
3. Los Contratos celebrados con las organizaciones no gubernamentales de reconocida idoneidad sin ánimo de lucro.

**CAPÍTULO TERCERO**

**REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

1. Régimen especial de contratación estatal de concesión de servicios públicos administrativos.
2. Régimen especial de contratación de servicios públicos asistenciales.
  - 2.1. Contrato para la nutrición, protección y asistencia a la niñez, adolescencia y a las

personas de la tercera edad.

2.2. Contratos de las Instituciones Educativas Públicas

2.3. Contrato de las Universidades e instituciones públicas de educación superior.

2.4. Régimen especial de los contratos del sistema de seguridad social en salud.

2.4.1. Del régimen especial de contratación para el régimen contributivo.

2.4.2. Del régimen especial de contratación para el régimen subsidiado

2.4.3. Del régimen especial de contratación para el régimen vinculado

2.4.4. Las Empresas Promotoras de Salud - EPS como instituciones aseguradoras contratantes.

2.4.5. Las instituciones prestadoras del servicio de salud - IPS como contratantes.

2.4.6. Del régimen especial de contratación de las Empresas Sociales del Estado – ESE.

3. De las Instituciones reguladoras.

3.1. Ministerio de Salud y de Protección Social

3.2. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

3.3. Comisión de Regulación de Salud

3.4. La Superintendencia Nacional de Salud.

3.5. Secretarías de Salud de los entes territoriales

4. De los distintos niveles de complejidad para la atención médico quirúrgica.

4.1. Primer nivel de atención en salud.

4.2. Segundo nivel de atención en salud.

4.3. Tercer nivel de atención en salud.

4.4. Cuarto nivel de atención en salud.

5. Manual de Actividades, intervenciones y procedimientos del plan obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – MAPIPOS

- de Salud.
- 6. Régimen especial de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios.
- 6.1. De los servicios públicos domiciliarios.
  - 6.1.1. Aseo.
  - 6.1.2. Acueducto.
  - 6.1.3. Alcantarillado.
- 7. Las instituciones reguladores de las empresas de servicios públicos domiciliarios
  - 7.1. Ministerio de Medio Ambiente, y Desarrollo Sostenible.
    - 7.1.1. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico
  - 7.2. Ministerio de Minas y Energía
    - 7.2.1. La comisión de regulación de energía y gas.
- 8. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
  - 8.1. Comisión reguladora de Telecomunicaciones.
  - 8.2. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
- 9. Régimen especial de contratación para la prestación de servicios de Aseo, Acueducto y Alcantarillado.
- 10. Régimen especial de contratación para la prestación de servicio de Energía y Gas combustible.
- 11. Régimen especial de los contratos para la Generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica.
- 12. Régimen especial de los contratos para la exploración, distribución y comercialización de gas combustible.
- 13. Régimen especial de contratos de telefonía básica conmutada.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **REGÍMENES ESPECIALES DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES.**

1. De los contratos de concesión y licencias para la prestación de servicios públicos postales.
  - 1.1 Correo Ordinario.
  - 1.2 Servicios especiales y financieros de correo
  - 1.3 Contratos de concesión para el servicio de correo
  - 1.4 Licencias para la prestación de servicios postales.
2. Régimen especial de los contratos de concesión y licencias de actividades de telecomunicación.
  - 2.1. Servicios de internet.
3. Régimen especial de los contratos de radio y radiodifusión.
4. Régimen especial de los contratos para la prestación de telefonía móvil celular – TMC.
  - 4.1 De las concesiones para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.
    - 4.1.1 Las sociedades privadas como sujetos contractuales en las concesiones para la prestación y operación del servicio público de telefonía móvil celular TMC.
    - 4.1.2 Las sociedades de economía mixta concesionarias para la prestación y operación del servicio público de telefonía móvil celular TMC.
    - 4.1.3 La participación de las entidades del sector solidario de la economía en la prestación y operación del servicio publico de telefonía móvil celular TMC.
    - 4.1.4 Tratamiento privilegiado para las acciones cuyos titulares sean entidades del sector solidario de la economía.

- 4.1.5 Valor de las acciones suscritas por entidades del sector solidario de la economía que prestan servicios públicos de telefonía móvil celular -TMC.
- 4.16 De las empresas estatales que pueden ser concesionarias de telefonía móvil celular.
- 4.2 Procedimiento de selección y celebración de contratos estatales de concesión de telefonía móvil celular-TMC.
  - 4.2.1 Registro especial de proponentes del Ministerio de las Tecnologías de Información y de las Comunicaciones.
  - 4.2.2 Planes de expansión de cubrimiento del servicio y de las redes de telefonía móvil celular.
  - 4.2.3 Evaluación de las ofertas presentadas en la licitación pública para adjudicar la concesión-TMC.
- 4.3. Celebración, suscripción, perfeccionamiento y ejecución del contrato de concesión para la prestación y operación del servicio público de telefonía móvil celular -TMC.
- 4.4 Causales especiales de caducidad de los contratos de concesión para la prestación de los servicios públicos de telefonía móvil celular-TMC.
- 4.5 Cesión del contrato y enajenación de las acciones de las sociedades concesionarias prestatarias y operadoras de los servicios públicos de telefonía móvil celular-TMC.
- 5. Régimen especial de los contratos de prestación de servicios de telefonía de servicios de comunicación personal – PCS.
  - 5.1 Naturaleza jurídica de los sujetos contractuales concesionarios de prestación y operación del servicio público de comunicación personal-PCS.
  - 5.2 Obligaciones de los contratistas concesionarios
  - 5.3 Pérdida del permiso, autorización o licencia para el acceso, uso y explotación del espectro electromagnético estatal.
  - 5.4 Procedimiento de selección de los contratistas concesionarios para la prestación y

operación de los servicios de comunicación personal.

- 5.5 De los pliegos de condiciones para la presentación de ofertas, evaluación, adjudicación y celebración del contrato de concesión para la prestación y operación de servicios de comunicación personal -PCS.
- 5.6 Evaluación y calificación de las propuestas u ofertas recibidas en la licitación pública.
- 5.7 Audiencia pública de subasta para la adjudicación de a concesión
- 5.8 Contraprestaciones económicas en el contrato de concesión para la prestación y operación de los servicios de comunicación personal.
- 5.9 Celebración y perfeccionamiento del contrato de prestación y operación del servicio de comunicación personal.
- 5.10 Causales de incumplimiento grave del contrato de concesión.
- 6. Régimen especial de los contratos de prestación de servicios de Televisión.
  - 6.1 Contratos de concesión para la operación y prestación de servicios de Televisión.
  - 6.2. Contratos de concesión para la operación, prestación y programación de espacios de televisión.
  - 6.3. Licencias para la operación y prestación de servicios de la televisión comunitaria.
- 7. Régimen especial de los contratos de concesión para la prestación de servicios de transporte público.
  - 7.1 Condiciones y requisitos para obtener licencias para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros metropolitano, distrital y municipal.
  - 7.2 Régimen de seguros y garantías contractuales
  - 7.3 Adjudicación, contratación y acceso a la prestación del servicio público de transporte
  - 7.4 Adjudicación de rutas y frecuencias en el servicio básico

- 7.5 Evaluación de las propuestas u ofertas
- 7.6 Condiciones y requisitos para la habilitación y adjudicación para la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera.
- 8. Contratos para la concesión de puertos marítimos y fluviales.
  - 8.1. Contraprestación económica como cláusulas de remuneración en las concesiones portuarias.
  - 8.2 Plazo del contrato de concesión de servicios portuarios.
    - 8.2.1 El otorgante de la concesión portuaria
    - 8.2.2 Petición de concesión portuaria
    - 8.2.3 Oferta oficiosa de la concesión portuaria
    - 8.2.4 Gestión predial de la concesión portuaria
    - 8.2.5 Cambios en las concesiones iniciales del contrato de concesión portuaria
    - 8.2.6 Caducidad del contrato de concesiones portuarias
    - 8.2.7 Contratos de concesión para la construcción, rehabilitación, mantenimiento, administración y prestación de los servicios portuarios.
    - 8.2.8 Contratos de concesión para la construcción, rehabilitación, mantenimiento de los servicios de terminales de transporte terrestre.
  - 8.2. Contratos para la concesión de aeropuertos.
  - 8.3. Contratos para la concesión de terminales de transporte terrestres.
- 8. Régimen especial para los contratos de concesión, construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial.
  - 8.1 Cláusulas unilaterales en los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial.
  - 8.2 Garantías de ingreso como flujo financiero del proyecto concesional
  - 8.3 Gestión predial directa e indirecta y/o mixta para la contratación de las concesiones de infraestructura y transporte vial.

- 8.4 Liquidación del contrato de concesión de infraestructura del transporte vial.
- 9. Régimen especial de los contratos de obras civiles, adquisición, suministro, para garantizar la seguridad aeronáutica.
- 9.1 Cláusulas unilaterales en los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial.
- 9.2 Garantías de ingreso como flujo financiero del proyecto concesional.
- 9.3 Gestión predial directa, indirecta y mixta.
- 9.4 Liquidación de los contratos estatales de concesión de infraestructura del transporte.
- 10. Régimen especial de los contratos de obra civiles, adquisición y suministro para garantizar la seguridad aeronáutica.

## **SEGUNDA PARTE**

### **EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL A LAS DISTINTAS FASES DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.**

#### **TITULO PRIMERO**

#### **EL PROCESO DE AUDITORÍA FISCAL A LOS CONTRATOS ESTATALES EN SUS FASES PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y POSTCONTRACTUAL.**

#### **CAPITULO PRIMERO**

#### **EL CONTROL FISCAL A LA FASE PRECONTRACTUAL, DE PREPARACIÓN O FORMACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL**

- 1. El control fiscal y principio de planeación contractual.
- 2. El control fiscal y principio de legalidad precontractual.
- 3. El control fiscal y principio de responsabilidad precontractual.
- 4. El control fiscal y principio de libre concurrencia y selección objetiva.
- 5. El control fiscal a la gestión precontractual



6. El control fiscal financiero precontractual.
7. El control fiscal precontractual de resultados.
8. El control fiscal precontractual a la valoración de los costos ambientales.
9. Tipología de hallazgos.
  - 9.1. Disciplinarios.
  - 9.2. Administrativos.
  - 9.3. Fiscales.
  - 9.4. Penales.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **EL CONTROL FISCAL A LA FASE CONTRACTUAL O DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.**

1. El control fiscal a la verificación de los requisitos de ejecución del contrato
2. El control fiscal a la gestión de la ejecución del contrato.
3. El control fiscal a la gestión de resultados en la gestión contractual.
4. El control fiscal de legalidad durante la ejecución del contrato.
5. El control fiscal económico y financiero del contrato
6. El control fiscal de revisión de cuentas
7. El control fiscal de valoración de costos ambientales durante la ejecución del contrato.
8. Tipología de Hallazgos.
  - 8.1. Disciplinarios.
  - 8.2. Administrativos.
  - 8.3. Fiscales.
  - 8.4. Penales.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN LA FASE POSTCONTRACTUAL Y/O DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL**

1. El control fiscal al principio de legalidad y garantías postcontractuales.
2. El control fiscal a la gestión postcontractual.
3. El control fiscal a la gestión de resultados en la gestión postcontractual.
4. El control fiscal de legalidad durante la liquidación del contrato.
5. El control fiscal económico y financiero de la liquidación del contrato.
6. El control fiscal de revisión de cuentas en la fase postcontractual.
7. El control fiscal de valoración de costos ambientales durante la liquidación del contrato.
8. Tipología de hallazgos.
  - 8.1. Disciplinarios.
  - 8.2. Administrativos.
  - 8.3. Fiscales.
  - 8.4. Penales.

### **CAPÍTULO CUARTO**

#### **CONTROL FISCAL E INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES EN LOS CONTRATOS ESTATALES**

1. 1. Inhabilidades para participar en procesos de selección, celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales.
2. 2. Incompatibilidades para participar en procesos de selección, celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales.
3. Causales de inhabilidades e incompatibilidades para participar,

celebrar, ejecutar y liquidar contratos estatales.

4. Inhabilidades por condena judicial por delitos contra el patrimonio público o que el Estado haya sido condenado a la reparación patrimonial de perjuicios.

5. Incompatibilidades de los Senadores de la República para gestionar y celebrar contrato para si o a través de un tercero con entidades públicas o privadas que administren recursos públicos.

6. Inhabilidades por haber sido declarado responsable fiscal mediante contrato administrativo ejecutoriado.

7. Incompatibilidades para quienes desempeñen cargos de elección popular para intervenir en gestiones contractuales.

8. Inhabilidades e incompatibilidades especiales en materia de contratación estatal conforme a la Ley 1474 de 2011.

9. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes a la gestión contractual estatal.

10. Excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades contractuales.

11. Efectos de las inhabilidades e incompatibilidades contractuales.

11.1 Efectos penales de las inhabilidades e incompatibilidades contractuales.

11.2 Los delitos de celebración de contratos con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades.

11.3 El delito de interés indebido en la celebración de contratos.

11.4 Celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

12. Efectos disciplinarios de la celebración indebida de contratos.

## **TITULO SEGUNDO.**

### **RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

#### **CAPITULO PRIMERO**

##### **CONTROL FISCAL Y ECUACIÓN ECONOMICA DEL CONTRATO.**

1. Noción de ecuación económica del contrato.
2. Elementos de la ruptura del equilibrio económico del contrato.
  - 2.1 Hecho del príncipe
  - 2.2 Ius Variandi
  - 2.3 Incumplimientos obligacionales, mayor permanencia e intereses moratorios.
  - 2.4 Imprevisión y sujeciones materiales imprevistas durante la ejecución del contrato estatal.
  - 2.4 Caso fortuito y fuerza mayor.
3. Restablecimiento equilibrio económico del contrato
4. El control fiscal al equilibrio económico del contrato.
5. La responsabilidad fiscal derivada del indebido restablecimiento del equilibrio económico del contrato.
6. La responsabilidad fiscal derivada de la omisión administrativa de restablecer el equilibrio económico del contrato a favor de la entidad.

#### **CAPITULO SEGUNDO**

##### **CONTROL FISCAL Y GARANTIAS CONTRACTUALES.**

1. Mecanismos de cobertura del riesgo
2. Clases de garantías en los contratos estatales.
  - 2.1 Contrato de seguros y póliza de garantías.
  - 2.2 Fiducia mercantil en garantía
  - 2.3 Garantía bancaria a primer requerimiento.
  - 2.4 Endoso en garantía de títulos valores.
  - 2.5 Depósito de dinero en garantía.
3. Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta.
4. Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones.
5. Responsabilidad fiscal por indebida aprobación de garantías
6. Responsabilidad fiscal por la no reposición de garantía.
7. Responsabilidad fiscal por insuficiencia de la garantía, plazo, cobertura y cuantía.
8. Responsabilidad fiscal por la prescripción para hacer efectiva la garantía.
9. Cláusula de indemnidad
10. Suficiencia de la garantía contractual
11. Procedimiento administrativo de aplicación de la efectividad de la garantía contractual.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **CONTROL FISCAL Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.**

1. Arreglo directo
2. Del amigable componedor.
3. Arbitraje
  - 3.1 Tipos de Arbitraje
  - 3.2 La Cláusula Compromisoria y el Compromiso

### 3.3 El laudo Arbitral

## 4. De la Conciliación

### 4.1 Prejudicial.

### 4.2. Judicial.

## 5. Transacción.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

## **PRESENTACIÓN**

Presentamos a la comunidad académica, a los estudiosos del derecho, a los servidores públicos y particulares que administran bienes o recursos públicos sujetos del control fiscal,

a los gestores fiscales de la contratación pública ya como contratante público o contratista particular, a los operadores jurídicos, y en especial a los servidores públicos de la Contraloría General de la República, a Contraloría Distrital de Bogotá y demás contralorías territoriales, encargados de administrar justicia fiscal a través del proceso auditor como herramienta del control fiscal y del proceso de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva; el Tomo III de la Obra *Tratado de la Responsabilidad Contractual en el Derecho de los Contratos Estatales*, que hemos titulado **"EL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES"**.

Se trata de una obra dedicada al estudio, análisis, críticas y aportes a la doctrina, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa y al ordenamiento jurídico que regula el ejercicio del Control Fiscal por parte de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales en relación a una de las actividades de las administración pública, que conocemos como la gestión de los contratos estatales en su fase de preparación y formación del contrato, y de las etapas de ejecución y de liquidación del mismo.

De acuerdo a las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, el control fiscal es una función eminentemente técnica, encargada de vigilar la conducta de los gestores fiscales, ejercida a través de las auditorías fiscales como herramienta eficaces para establecer e identificar en la gestión auditada hallazgos fiscales, penales, disciplinarios y administrativos, en tanto las actuaciones de los gestores fiscales configuren daño al patrimonio público, constituyan delitos o faltas disciplinarias, o si se observa que han incurrido en malas prácticas administrativas.

La gestión pública, explicada como el conjunto de actuaciones de los servidores públicos para cumplir con los cometidos estatales, y como medio para satisfacer necesidades pública,

tiene múltiples expresiones, y recae sobre la gestión ambiental, gestión presupuestal, gestión de los servicios públicos, y gestión sobre los distintas tareas de las que se ocupa el Estado.

En esta oportunidad nos ocupamos del Contrato Estatal como herramienta de gestión de la políticas públicas, en virtud de la cual se ejecutan los recursos públicos y se prestan y proveen a la comunidad los bienes y servicios que requiere para satisfacer las necesidades insatisfechas y de mantener aquellos que le permiten gozar cada vez de mejor calidad de vida.

De allí que esta obra se ocupe del ejercicio del control fiscal, a través de las auditorías fiscales y del proceso de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva sobre la gestión de los contratos estatales, en cada una de sus etapas, tal como la fase precontractual, contractual y postcontractual, identificando las conductas o comportamientos contractuales que en cada una de esas fase configuran daños patrimoniales, delitos contra la administración pública, faltas disciplinarias contractuales, e irregularidades administrativas.

El presente tomo, comprende el estudio del control fiscal desde la perspectiva constitucional, doctrinaria, jurisprudencial y legal, teniendo en cuenta las Ley 1474 de 2011 que introduce las últimas disposiciones que contienen herramientas legales para prevenir y sancionar actos de corrupción, especialmente desde la perspectiva de la contratación estatal; así mismo introduce herramientas sustanciales y procesales para el proceso auditor a la gestión de los contratos, así como para el proceso de responsabilidad fiscal por daños patrimoniales generados en virtud de los contratos estatales, para lo cual nos soportamos igualmente en las últimas disposiciones contenida en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, expedido en virtud de la Ley 1437 de 2011.



Este tomo presenta su contenido en dos grandes libros, en donde el primero desarrolla los conceptos, nociones, alcances y regulaciones legales sobre el control fiscal a la gestión pública en Colombia. Este a su vez está dividido en dos partes. La primera se ocupa de la estructura jurídica del sistema del control fiscal a la gestión pública, haciendo un análisis del control fiscal en el derecho comparado, de los antecedentes del Control fiscal en Colombia, sus fundamentos constitucionales y legales; el estudio de la Auditoría General de la República como titular del control fiscal a la gestión de las contralorías en Colombia; las herramientas y productos del control fiscal; y un capítulo especial al ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría de Bogotá D.C. La segunda parte del libro primero, se ocupa de la responsabilidad fiscal, y el daño patrimonial generado en virtud de los contratos estatales; así como la estructura del proceso de responsabilidad fiscal, del proceso de jurisdicción coactiva; y por último, esta parte se ocupa de los sujetos del control fiscal como gestores fiscales de la contratación estatal; y un capítulo especial dedicado a la acciones constitucionales y contenciosas administrativas contra las actuaciones de los titulares de la acción fiscal.

El libro segundo, se ocupa del ejercicio del control fiscal a los contratos estatales, identificando como se hace el control fiscal a cada una de las etapas precontractual, de ejecución y liquidación del contrato, analizando en cada uno de ellos, según el contrato sea típico y atípico, desarrollando el ejercicio del control fiscal en cada uno de los contratos típicos y los principales contratos atípicos conocidos en la praxis contractual por la doctrina y la jurisprudencia y en algunos casos establecidos en las legislaciones civiles, comerciales y financieras.

De otra parte, la obra desarrolla la naturaleza, alcance y analiza el ordenamiento jurídico

aplicable tanto a los contratos regulados por el Estatuto General de Contratación, como aquellos contratos regulados por ordenamientos especiales, en particular los contratos para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, de salud, educación, de transporte, de televisión, comunicaciones; el control fiscal al régimen de garantías contractuales, al contenido patrimonial de los contratos.

## **ABREVIATURAS**

ACOPI	Asociación Colombina de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.
ANDI	Asociación Nacional de Industriales.
AGR	Auditoría General de la República
AGN	Agencia Nacional de Hidrocarburos
ANI	Agencia Nacional de Inteligencia

CGR	Contraloría General de la República
CTD	Contralorías Territoriales Departamentales
CTDE	Contralorías Territoriales de Distritos Especiales
CTM	Contralorías Territoriales Municipales
CC	Corte Constitucional
CEC	Consejo de Estado Colombiano
CCC	Código Civil Colombiano
C.P. de C.	Constitución Política de Colombia
CNSSS	Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
CNT	Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
CRA	Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.
CREG	Comisión de Regulación de Energía y Gas.
CRT	Comisión de Regulación de Telecomunicaciones.
CRG	Comisión de Regulación de Salud
C.P.	Código Penal Colombiano
C.P.A.C.A	Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
E.I.C.E	Empresas Industriales y Comerciales del Estado
EEM	Empresas de Economía Mixta
S.A	Sociedades Anónimas
S.A.S	Sociedades Anónimas Simplificadas
SC	Sociedades Colectivas
S.C.A	Sociedades en Comandita por Acciones
S.C.S	Sociedades en Comandita Simple

SPA	Sociedades públicas por acciones.
SISS	Sistema Integral de Seguridad Social
SSSS	Sistema de Seguridad Social en Salud
SSSP	Sistema de Seguridad Social en Pensiones
SSRP	Sistema de Seguridad Social en Riesgos Profesionales
EPS	Empresas Promotoras de Salud
ESE	Empresas Sociales del Estado
ESPD	Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.
E. C. E.	Estatuto de Contratación Estatal: Ley 80 de 1993
ERF	Estatuto de Control, Vigilancia, Responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva.
EU	Empresas Unipersonales.
CDU	Código Disciplinario Único: Ley 734 de 2002
CNT	Comisión Nacional de Televisión
DLPGN	Decreto Ley 262 de 2000: Norma de competencias de la Procuraduría General de la Nación
DP	Daño o detrimento patrimonial.
F.D.G	Faltas disciplinarias gravísimas.
FD	Faltas disciplinarias.
FG	Faltas disciplinarias graves.
FL	Faltas disciplinarias leves.
FOSYGA	Fondo de Solidaridad y Garantías.
LTDA	Sociedades de Responsabilidad Limitada.
MAPIPOS	Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

IPS	Instituciones Prestadoras de Salud.
INCO	Instituto Nacional de Concesiones
INVIAS	Instituto Nacional de Vías
PCS	Servicios Personales de Comunicación
PGN	Procuraduría General de la Nación
PDPGN	Procuradurías Delegadas de la PGN
PRPGN	Procuradurías Regionales de la PGN
PPPGN	Procuradurías Provisionales de la PGN
PDPGN	Procuradurías Distritales de la PGN
PM	Personerías Municipales
POS	Plan Obligatorio de Salud
SPCA	Sala Plena de lo Contencioso Administrativo
SISBEN	Sistema de Identificación de Beneficiarios de Programas Sociales.
TBC	Telefonía Básica Conmutada
TMC	Telefonía Móvil Celular
OCID	Oficinas de Control Interno Disciplinario
PCS	Servicios de Comunicación Personal.
POS	Plan Obligatorio de Salud
CSJ	Corte Suprema de Justicia
SJDCSJ	Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura
CSJSD	Consejos Seccionales de la Judicatura-Sala Disciplinaria
TMC	Telefonía Móvil Celular
UPC	Unidad de Pago por Capitación.

## **LIBRO PRIMERO**

### **EL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA**

#### **PRIMERA PARTE**

##### **ESTRUCTURA ORGÁNICA Y JURÍDICA DEL CONTROL Y LA VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA**

En virtud de la cláusula general de competencia prevista en los artículos 6° y 113 constitucional, que asigna atribuciones, funciones y competencias a las distintas ramas y órganos del poder público; observamos, que ellas son depositarias competenciales de control político, control interno, control penal, fiscal, disciplinario, administrativo, constitucional, y contencioso administrativo en desarrollo del principio democrático y de separación de poderes; lo cual es garantía de equilibrio en las actuaciones públicas, que consiste en garantizar el cumplimiento de los cometidos estatales, y la manera como los

servidores públicos deben ejercer las funciones de esos entes públicos, dentro de los límites que impone el ordenamiento jurídico, y el Estado social, participativo y democrático de derecho.

Desde la perspectiva constitucional, encontramos que de manera particular la vigilancia a la gestión fiscal del Estado, es confiada a la Contraloría General de la República y a las Contralorías territoriales, teniendo en cuenta no la naturaleza del sujeto de control fiscal, sino el carácter público de los recursos administrados, esto es, que los bienes del Estado están sometidos a la vigilancia fiscal, sin importar que el administrador o ejecutor sea un ente estatal o un particular que administre bienes o fondos públicos.

Abordaremos el estudio del control fiscal entonces, partiendo del órgano técnico, autónomo e independiente que lo realiza, indicando que las Contralorías hacen parte de la estructura del Estado, pero no de alguna de las tres ramas del poder público, sino de los órganos independientes autónomos ya de carácter nacional, departamental, distrital o municipal como lo señala la Constitución Política y la ley.

El control fiscal en Colombia, encuentra sus primeros vestigios desde los propios inicios del descubrimiento y la colonia, con las características propias de la época; pero debido a la constante evolución del Estado, la forma como se ejerció partió de un gran hito a principios del siglo XX, cuando fue necesario reevaluar el sistema del control fiscal debido a la gran crisis económica de principios del siglo pasado.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el control fiscal adquirió una nueva dimensión, pues se definió como una actividad eminentemente técnica, realizado a través del ejercicio de un control posterior y selectivo, aboliendo el viejo esquema político

del control fiscal previo, posterior y perceptivo.

Estos nuevos retos del Estado colombiano, procuran la efectividad de una democracia participativa, como garantía de los valores y principios concebidos por el constituyente de 1991, y sobre todo como herramienta para garantizar la materialización del Estado social, democrático, participativo de derecho, cuya existencia se justifica en la medida que este sea el instrumento de garantía para la efectividad de los derechos fundamentales.

De allí, que en Colombia, dado el carácter de Estado social y democrático de derecho, no puede escapar al sistema de pesos y contrapesos que instauran en sus sistemas los Estados democráticos, a fin de equilibrar el ejercicio del poder, pues son estos principios los estructurantes del mismo Estado social de Derecho, como garantía para evitar los abusos del poder. En desarrollo del principio de responsabilidad como pilar de nuestra organización política, el control fiscal en Colombia vigila la adecuada y correcta administración de los bienes y recursos públicos, para lo cual, dispone de las auditorías fiscales y de los procesos de responsabilidad fiscal, a fin de lograr el resarcimiento por el detrimento patrimonial causado debido a la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes tienen a cargo determinada gestión fiscal.

En conclusión, como bien lo advierte la Corte Constitucional, *“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”.*

La legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta por lo expuesto en el principio de legalidad -trasunto de la soberanía popular-, al cual se adiciona los principios constitucionales de la función administrativa de eficacia, eficiencia y economía; pues el interés general en todo momento debe ser perseguido por la administración pública, hasta el punto que su objeto y justificación estriban en su satisfacción y sólo se logra realizar si el Estado a través de sus servidores públicos administran los recursos del erario con sujeción al principio de legalidad, y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia y economía.

Igualmente el artículo 267 constitucional, posibilita la reorientación del control fiscal, que además de la protección del patrimonio público, procura la exactitud de las operaciones y de su legalidad, y se deberá ocupar del “control de resultados” que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2o. de la Constitución Política.

De lo anterior, tenemos que el control fiscal está referido no a cualquier actividad que implique gestión pública, sino, aquella categoría de la gestión pública conocida como gestión fiscal. *“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 a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de*

*contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”.*

## **TÍTULO PRIMERO**

### **CONTROL FISCAL, PRINCIPIO DEMOCRÁTICO, SEPARACIÓN DE PODERES Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Como pilar fundamental de un Estado social, democrático y participativo de derecho, se establece la necesidad de consagrar un ordenamiento jurídico que establezca límite al ejercicio de las funciones públicas. En este orden de ideas, encontramos los postulados propios de un Estado social de derecho como lo es el principio de legalidad, el cual regula el ejercicio de las funciones propias del Estado, en tanto resulta necesario vigilar de manera permanente, mediante órganos del mismo Estado pero independientes de todas las demás funciones del Estado liberal clásico.

De allí que la Constitución Política, en relación al ejercicio de las funciones públicas, dispone que las funciones del Estado deben cumplirse con observancia del principio de legalidad, mediante el cual toda persona jurídica de derecho público debe cumplir las funciones estrictamente definidas por la Constitución Política, la ley y sus reglamentos.

La razón de ser de los sistemas para el ejercicio del control a las actuaciones del mismo Estado, encuentra justificación, en que en un Estado social, democrático y participativo de derecho, los poderes públicos se encuentran definidos y delimitados, y el ejercicio del poder está determinado por la carta fundamental y el ordenamiento jurídico que rige la actividad del Estado, y lo consagra como un poder derivado y por lo tanto reglado, en donde se

encuentra al pueblo como constituyente que ostenta el poder soberano y del cual emana todo poder público. La vulneración a los postulados del Estado social de derecho se traduce en una sanción, de los que son destinatarios gobernados y gobernantes y es a estos últimos, en los que centramos nuestro estudio y lo que merece mayor preocupación, por el ejercicio de las funciones que les han sido encomendadas y de las cuales es necesario implementar el control.

El control fiscal entonces, es una herramienta del Estado social de derecho, que pretende maximizar el uso e inversión de los recursos, para garantizar mejor los cometidos esenciales estatales. De allí que para la Corte Constitucional en torno al Estado social de derecho ha señalado lo siguiente:

*“La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se le aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. El respeto por los derechos humanos, de un lado, y el acatamiento de unos principios rectores de la actuación estatal, por otro lado, constituyen las consecuencias prácticas de la filosofía del Estado social de derecho. En este sentido el concepto de Estado social de derecho se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; y criterios de excelencia”. (Se subraya).*

La Constitución Política en un Estado social y democrático de derecho, con el fin de garantizar su estabilidad y evitar el desbordamiento del ejercicio del poder público, ha establecido la existencia de distintos órganos encargados de ejercer el control al poder público, con el objeto de vigilar si la conducta de las personas encargadas de ejercer funciones públicas se enmarcan dentro de los preceptos constitucionales, legales y

reglamentarios. De esta manera se estructura la función de vigilancia del Estado y acorde con esta toda una organización encargada de cumplir con ella.

En el Estado social de derecho, estos órganos tienen una importancia relevante y por ello la Constitución se encarga de resaltarlos por la calidad de sus funciones bien diferentes a la que normalmente corresponde a las funciones clásicas del Estado, obedeciendo a la necesidad política y jurídica de controlar y vigilar la gestión de los agentes del Estado, tal como antes se anotó. Pues estas funciones, no son más que la manifestación del principio democrático señalado en la Constitución que orienta la organización de nuestro Estado.

Colombia se encuentra estructurado como un Estado Constitucional, democrático, participativo y social de derecho y, en ese orden de ideas, la Carta Fundamental reconoce los derechos y libertades del hombre, establece la participación de la ciudadanía en el manejo del Estado, pero además, señala el control que la misma ciudadanía ha de ejercer sobre los recursos económicos pertenecientes a toda la comunidad. Así pues, en este proceso de diseño de las actividades tendientes a organizar la sociedad, el Estado prevé las funciones que se deben cumplir y los organismos que las deben desarrollar, creando a su vez los controles que han de garantizar el cometido, la finalidad y el cumplimiento de esas funciones.

Así mismo, el Tribunal Constitucional advierte que, *“La función de control fiscal guarda íntima simetría con la tributaria y presupuestal constitucionalmente atribuida, en acatamiento al principio democrático, al Congreso. De ahí que históricamente la vigilancia fiscal se afiance en el Estado de derecho a la par que el Congreso - en la historia constitucional el parlamento - reivindica para sí la plenitud de competencias en lo tocante a la obtención y empleo de recursos. En este orden de ideas, el control fiscal externo de la administración ejercido por el Congreso o por un aparato público apropiado designado por éste (CP*

*art. 277), refuerza el papel central de ese órgano en las tareas indicadas, toda vez que el control de legalidad se orienta a garantizar que las finalidades y autorizaciones emanadas del mismo, a las que debe supeditarse el recaudo y utilización de los recursos públicos arbitrados, efectivamente se observen en el curso de los procesos y operaciones jurídicas y materiales posteriores”.*

El principio del control, emana del principio democrático y de separación de poderes; y tuvo sus primeras manifestaciones bien avanzada la modernidad. Los especialistas coinciden en que un Estado democrático, es aquel que se sustenta en un doble principio: el principio de las libertades y el principio de control. El primero se refiere a los derechos y garantías ciudadanas; el segundo se refiere a los actos emanados del Estado mismo.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **DE LA NECESIDAD DEL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA Y DE SU JUSTIFICACIÓN POLÍTICA**

Dada la naturaleza y condición del ser humano, es necesaria la existencia de diversos controles con el fin de evitar que quien detente el poder pueda abusar de él, en perjuicio de la democracia, de los principios fundantes del Estado social, democrático, participativo de derecho y de las garantías fundamentales. El Estado social de derecho se caracteriza por la separación de poderes, de modo que cada cual tenga funciones diversas y el uno no absorba a otro; por un sistema de control para evitar el abuso de los gobernantes, así como por una legalidad previa a la que debe someterse el ejercicio de la función pública. El Estado de derecho se opone por definición al tiránico, en el que el déspota no soporta estructura legal de control alguno sobre sí.

*“Por eso en los Estados modernos el poder se encuentra repartido en varias ramas u órganos y la competencia de esos órganos se determinan en la Constitución y las leyes, que prevén, también, instituciones especializadas*

*en la contención del ejercicio del poder; estos son los denominados órganos de control o ramas de control”.*

Así las cosas, el control a la gestión fiscal del Estado hace parte de una de estas categorías, inspirado en el Estado democrático, participativo y social de derecho, cuya justificación desde el punto vista político tiene acento a partir de la concepción del Estado de derecho como un principio democrático, estableciendo la participación del pueblo en todo lo relacionado con los escenarios de poder donde se tomen decisiones que los afecte. De esta manera, en el Estado contemporáneo institucionalizado, quien gobierna no lo esta haciendo en su nombre, sino por el contrario, gobierna en nombre de la comunidad que le ha dado la representación a los servidores públicos para que actúen en nombre de los valores y principios democráticos consagrados en la Constitución Política.

## **1. Control y vigilancia a la gestión fiscal del Estado, Principio Democrático y Separación de Poderes.**

El principio democrático y la separación de poderes, está íntimamente ligado a la forma de organización de cada Estado y a los sistemas establecidos para gobernar e implementar el ejercicio del poder. Sobre el ejercicio del poder del Estado, a través de la historia encontramos diferentes formas de organización, pero en general se caracterizan aquellos Estados, en donde unos propenden por la monopolización del ejercicio poder, en contraposición con otros Estados que defienden su organización basados en la distribución del ejercicio del poder defendiendo el justo equilibrio.

Durante la Edad Media, se conoció el sistema feudal como la forma de organización de las sociedades de la época, en donde los *“los monarcas surgidos de las invasiones bárbaras decidieron otorgar partes de las tierras conquistadas a los más poderosos de sus caudillos a cambio de sus servicios militares y de la aceptación de su regia autoridad”*, este sistema social y a la vez político fue

denominado por Hegel como *poliarquía*, por la existencia de múltiples centros de poder.

La etapa subsiguiente surgió a finales del siglo XV y a principios del XVI, conocida como el Renacimiento, que sirvió de base para la construcción de una nueva sociedad. En donde la burguesía con ayuda del Rey se alza contra la nobleza, sacrificando sus instituciones representativas a ser subordinadas por el rey, quien implantaría el sistema de monarquías. Es así como el periodo renacentista, desde el punto de vista de organización del Estado, *“significa el tránsito de la organización medieval, caracterizada por la existencia de múltiples centros de poder, a la moderna que trajo consigo la concentración del poder en las manos del rey. En otras palabras la poliarquía, le cedió el paso a las monarquías.”*

En esta etapa predominó la monopolización del poder, en manos del Rey o Príncipe, consolidando un poder indiscutible al rededor de esta figura como unas monarquías absolutas, surgiendo la noción de Estado – Nación como un Estado Moderno, sobre el Estado local predominante en el medioevo.

El Estado moderno, es caracterizado principalmente por su nueva concepción sobre el poder político, sobre derechos, garantías y soberanía. Los demás poderes del Estado ceden a los poderes del monarca, el poder del monarca sirve para imponer a todos sus súbditos y estos le deben obediencia a su Rey, legitimados por la *teoría del derecho divino de los reyes*, en donde la soberanía reside exclusivamente en el Rey, proveniente de Dios; lo que le permite a los monarcas, ampliar cada vez más su poder, cada día con menos controles, cuyo propósito no es más que consolidar las monarquías de acuerdo con la nueva noción del Estado.

Para esta época, aún no existe vestigio de lo que sería el control al ejercicio del poder,

situación que podemos destacar a partir de las interpretaciones que podemos hacer de tres de los más importantes pensadores de esta corriente que son: Nicolás Maquiavelo, Jean Bodino y Tomás Hobbes.

Desde el punto de vista político, Maquiavelo (1469 – 1527), en su principal obra, *“El Príncipe”*, traza consejos para los gobernantes a partir de un realismo político, con el único propósito de conservar y afianzar el poder. Maquiavelo se aparta de la preocupación tradicional sobre el fin del Estado, que había ocupado el interés de los pensadores antiguos y medievales. Para el florentino, el poder es un fin en sí mismo. En esta forma separa la política de la ética y presenta el Estado como un sistema autónomo de valores independientes de cualquier otra fuente.

Por su parte Bodino (1530 – 1596), en su aporte introduce el concepto de soberanía como *“el poder absoluto y perpetuo del Estado”* para él, *“puede haber múltiples relaciones entre los miembros de una comunidad, pero la sujeción al soberano es la que los hace ciudadanos. El soberano es responsable ante Dios y está sometido a la ley natural, pero es él quien crea el derecho y no tiene otras limitaciones, salvo si se derivan de un pacto suyo con los súbditos o con otros estados”*

Tomás Hobbes, de origen inglés y quien vivió entre 1588 y 1679, expresa su pensamiento sobre la teoría del Estado, a través de su obra *“El Leviatán”*, cuya teoría hoy es conocida como ius naturalista o contractualista, que según interpretación del profesor Isidro Hernández, cada individuo mantiene su poder soberano o poder político, significa que no está sometido a ninguna ley impuesta por otro hombre o por una sociedad; en otras palabras, ninguna persona manda sobre otra. Este es un estadio que no permite la convivencia social ni la existencia de mercados. De acuerdo con Hobbes, cuando cada individuo posee su poder político aumenta la posibilidad de entrar en guerra con otros



hombres porque cada uno tratará de imponerse a los demás y éstos a no permitirlo, lo cual hace que la convivencia social se rompa; en este momento, los mercados no funcionan porque no existe un mecanismo social que garantice el cumplimiento de los acuerdos que allí se pactan.

En este periodo y hasta finales del siglo XVII, se tuvo la concepción del Estado absolutista, con un poder concentrado en una sola institución con ausencia de controles, en donde el monarca era poseedor de todo tipo de derechos sobre la sociedad; pero esta a su vez carecía de derechos frente a las autoridades.

Para comienzos del siglo XVII, adquiere fuerza la idea, según la cual el poder no es exclusivo de un gobernante, como tampoco que proviene de un poder divino, sino que pertenece a toda la comunidad, porque la soberanía reside en el pueblo y desde aquí proviene el poder del Estado.

Estas ideas, de estirpe democráticas, habían sido expuestas por juristas, teólogos e historiadores que se conocieron como filósofos del derecho, cuya doctrina de la soberanía se basa en un consentimiento libre de los gobernados, que surgieron como manifestación contraria del pensamiento cristiano de la edad media, auspiciado por Agustín de Hipona, Isidoro de Sevilla, Juan de Escoto y Tomás de Aquino, defensores de la teoría según la cual el poder político proviene de la voluntad divina.

En el marco de estas ideas, surge lo que conocemos como Estado liberal, a la cual haremos alusión más adelante, orientados por los pensadores como John Locke, Montesquieu, Rousseau y Emmanuel Sieyès, defensores de la teoría contractualista del origen del poder.

De acuerdo con el postulado de Montesquieu, según el cual *“Todo organismo llevaba en sí el impulso al engrandecimiento y al crecimiento, y precisamente se preocupó en sumo grado porque se establecieron controles en el manejo del Gobierno, a ese instinto de grandeza. Por ello afirmaba que pobres los pueblos en que el poder se concentra en manos de un solo gobernante porque serán víctimas de la tiranía”*.

Es decir, que el poder debe controlar al poder. Así las cosas, nuestro Estado colombiano, se caracteriza por la separación de poderes, de modo que cada área de poder se especializa de acuerdo en las funciones propias de su naturaleza, esencia y voluntad de la Ley.

En este orden de ideas, si el poder ya no es monopolizado por un gobernante, sino que pertenece a toda la comunidad, su difusión es inevitable. Por lo tanto se hace indispensable establecer mecanismos prácticos que canalicen el ejercicio de ese poder, para garantizar el necesario orden social.

Es así, como la noción de control se concibe en torno del Estado de derecho, pudiendo destacar el postulado según el cual el Estado de derecho en su estructura, debe, *“una estimable confianza en la razón humana y en las posibilidades de limitar racionalmente al poder a través de esa creación de dicha razón que es el Derecho”*

A partir de esta concepción, surge el principio de separación de poderes, promulgando que el poder del Estado no es realmente un solo poder sino, que resulta claro distinguir tres ramas del poder público y unos órganos de control, autónomos e independientes entre si, pero que en virtud del principio de colaboración armónica actúan de manera coordinada para el cumplimiento de los fines y tareas del Estado. El ejecutivo, el legislativo y el judicial y los órganos de control fiscal, electoral, banca central, disciplinario y penal entre otros. El

tratadista Libardo Rodríguez, explica claramente, la evolución que he tenido este principio en cuatro fases. La primera evolución, a la que denomina, *regreso a la idea de que el poder público es uno solo, aunque conformado por varios órganos o ramas*. La segunda evolución la llama, *el principio de colaboración entre los diferentes órganos o ramas del poder público*. Una tercera evolución como, *ampliación del objeto de la función ejecutiva y del concepto de rama ejecutiva*. Y una última evolución, *abandono de la concepción tripartita de la separación de poderes*.

A partir de esta última evolución, surgen entonces nuevos órganos autónomos de poder, diferentes a los tres tradicionales, dentro de los que se destaca el principio de control. El tratadista Augusto Trujillo, lo destaca como la función de control sosteniendo que los especialistas coinciden en que un Estado democrático es aquel que se sustenta en doble principio: el principio de las libertades y el principio del control.

En ese mismo sentido, nuestra Carta Política ha recogido la concepción tripartita del poder, así, podemos observar que en su artículo 113 manifiesta que: *“Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva, la judicial*. Pero tal como se dejó expresado en renglones precedentes, que no existe una verdadera democracia sin control, nuestra constitución no se aparta de este postulado y en la misma norma consagra que *“además de los órganos que la integran, existen otros autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado”*.

En desarrollo de los postulados anteriores, la Constitución Política en los artículos 117 y 119 consagró y previó la existencia de la Contraloría General de la República y de las Contralorías territoriales como un órgano de control, cuya función es la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración de manera posterior y selectiva.

## 2. Control Fiscal, Hacienda Pública y vigilancia a la gestión de los ingresos y gastos del Estado.

Hemos visto como surge el control fiscal a partir del principio de separación de poderes del Estado y que a su vez este, según la Constitución Política, se encuentra en cabeza de un órgano que colabora para el cumplimiento de fines del Estado. En este sentido resulta procedente averiguar, cual es la importancia del Control Fiscal y el control de resultados en relación con la Hacienda Pública.

La Constitución Política de Colombia en el artículo 267, establece la existencia de un Control Fiscal, encomendado a la Contraloría General de la República de la siguiente manera:

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

Sobre la finalidad del Control fiscal, la Corte Constitucional mediante sentencia de constitucionalidad expresó lo siguiente: *“El control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal)...”* (subrayado fuera del texto)

Pero la misma Corporación se ha pronunciado sobre la definición del concepto de Control Fiscal y es en este en donde podemos encontrar una primera aproximación entre el Control

Fiscal y manejo de las finanzas públicas, pudiendo establecer que en últimas el objeto del Control Fiscal lo constituye la Hacienda Pública.

De ésta manera, la Corte Constitucional mediante sentencia C-499 de 1998, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, estableció que: *El control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura "el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado."*...

Concordante con la definición que hace el máximo Tribunal de constitucionalidad, el hacendista y Abogado Administrativo Dr. Juan Camilo Restrepo, al describir el objeto de la Hacienda Pública la estructura a partir de dos elementos centrales. El primero, se trata de una disciplina que analiza los objetivos buscados por el sector público a través de los ingresos y de los gastos presupuestales. El estudio del sector público como perceptor de recursos fiscales y como inversor de los mismos, constituye el objeto central de la Hacienda Pública.

En segundo lugar, la Hacienda Pública no es una disciplina que se pueda estudiar por sí sola, aunque resulte como una ciencia autónoma, debe comprenderse a partir de la integración con otras ciencias y artes, como la política, la economía, la administración, entre otras. Lo anterior por la complejidad que ha adquirido el sector de las finanzas públicas. Ahora bien, el mismo tratadista identifica cuales son esos objetivos perseguidos por el sector público a través de los ingresos y el gasto presupuestal, estableciendo que su principal objetivo, es dotar a la comunidad de cierta cantidad de bienes colectivos, pero que también cumple otros objetivos fundamentales tales como: la redistribución, la estabilidad y el desarrollo económico.

Así mismo, estos objetivos de la Hacienda Pública que identifica Juan Camilo Restrepo, resultan perfectamente identificados con el concepto de gestión fiscal que alude la Corte Constitucional al expresar:

*“...En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que la gestión fiscal hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición. A su turno, según la Corte, la vigilancia de esta gestión "se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración".*

### **3. El control fiscal como herramienta de la democracia representativa en el Estado Liberal.**

La democracia representativa es un régimen político, mediante el cual el pueblo debate y dicta sus leyes en los parlamentos o congresos, no de manera directa, sino por intermedio de sus representantes. Mediante la democracia representativa el pueblo elige libremente a sus representantes, para que sean estos en nombre del pueblo quienes decidan, por la sencilla razón que una participación directa no es posible, de tal manera que en este sistema el pueblo elige a unas personas para que se desplacen a la capital para discutir y votar en nombre de sus electores, del pueblo.

A este fin se hace apelación a la ficción de la representación, a la idea de que el parlamento no es más que un representante del pueblo, de que el pueblo no puede expresar su voluntad más que en el parlamento y a su través, aunque en todas las constituciones sin excepción el principio parlamentario vaya parejo con la regla de que los diputados no pueden recibir instrucciones obligatorias de sus electores, lo que hace el parlamento jurídicamente independiente del pueblo en el ejercicio de sus funciones.

En Colombia, el control fiscal sobre el gasto público como herramienta de una democracia representativa, era ejercido por el Congreso de la República y concretamente por la Cámara de representantes. Así, en vigencia de la Constitución Política de 1886, se confiaba a la Cámara de Representantes el deber del control fiscal, otorgándole la facultad de *examinar y fenecer definitivamente la cuenta general del tesoro*.

Pero bien, vale aclarar que durante la primera mitad del siglo XIX, el control sobre la hacienda pública era ejercido por el poder ejecutivo por intermedio de sus agencias, como bien se explicará más adelante, de tal manera que a finales de este periodo ya se tuvieron vestigios de un control fiscal representativo pero concretamente fue en el siglo XX con la llegada de la Misión Kemmerer donde se recomendó que “la Ley de Contraloría-continúa Esteban Jaramillo- tan acremente atacada por quienes no conocen, o no quieren conocer su verdadero sentido, obedece a un principio análogo al de la Superintendencia Bancaria. El pueblo, que contribuye con su dinero para los gastos del Estado, muchas veces a costa de grandes privaciones, tiene el derecho de saber en todo momento cómo se recauda, maneja y administra ese dinero, que garantía de honorabilidad y competencia dan los empleados responsables del Erario y cómo se hacen efectivas las disposiciones fiscales dictadas por el Congreso para garantizar esos fondos. Y como el pueblo por sí mismo no puede ejercer esa fiscalización y supervigilancia, necesita un delegado suyo constituido por medio de sus

representantes autorizados, que es el Contralor General de la República, para que ejerza aquellas importantes funciones. Si a ese funcionario no se le reviste de las facultades necesarias para llevar a cabo una verdadera fiscalización, será imposible que ésta se haga de manera conveniente y eficaz”.

Posteriormente en el texto de la Ley 42 de 1923, quedó establecido en el artículo 2º que *“El Departamento de Contraloría estará a cargo de un funcionario denominado Contralor General de la República, y de un ayudante denominado Auditor General, quienes serán nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional, con la aprobación de la Cámara de Representantes, y devengarán salarios no inferiores a seis mil (\$6.000) y cuatro mil (\$4.000) anuales, respectivamente”*. Pero posteriormente, se estableció mediante Acto Legislativo 01 de 1945 que el Contralor General sería elegido por la Cámara de Representantes, se elevó la Contraloría a rango constitucional, asignándole la función de vigilancia a la gestión fiscal del erario público.

Lo cierto es que, la regulación y la forma de hacer control fiscal a la hacienda pública nacional, tuvo constantes modificaciones hasta la entrada en vigencia de la nueva carta política, en donde se conserva como elemento de un control fiscal orientado en una democracia representativa, la facultad de la Cámara de Representantes del Congreso de *“examinar y fenecer la cuenta general del presupuesto y del tesoro que le presente el contralor general de la república”*.

#### **4. El ejercicio del control y vigilancia fiscal en el Estado contemporáneo como herramienta de la democracia participativa.**

Es normal que las personas, que en su vida personal se vayan a ver afectada por la toma de decisiones, quieran participar en el proceso de formación de esa decisión. Esta característica



ha permeado todas las instancias en las cuales se desenvuelve el ser humano, hasta llegar a la política y por supuesto, participando en el proceso de conformación del gobierno y la ejecución de las funciones administrativas, características que se presentan en aquellos estados democráticos.

Al respecto, una vez que la creación de las normas de carácter general se ha democratizado mediante la representación democrática, tenemos entonces el problema de su ejecución.

*“contrariamente a lo que se podía pensar a primera vista, no se puede creer que la democracia en la ejecución o cumplimiento de las leyes sea una simple consecuencia de la democracia en la legislación, ni que la idea democrática se satisfaga tanto mejor si la forma democrática se aplica al proceso de ejecución. Si se parte de que la legislación está organizada democráticamente, no hay que creer que la legalidad de la ejecución quedará garantizada mejor bajo formas democráticas. Sin duda, la elección democrática de los órganos ejecutivos supremos por el parlamento y su responsabilidad ante éste, constituye en cierta medida, una garantía, pero de ningún modo la única posible, de la conformidad de su actividad funcional a la Ley, es decir, de que se conformarán a la voluntad del pueblo y la ejecutarán”.*

Así, tenemos que “hay un riesgo, más que verosímil, de los órganos democráticos de la administración (y más particularmente de una administración autónoma o descentralizada) – no consideren la legalidad de sus actos como un fin supremo, y que se pongan en contradicción voluntaria con las leyes votadas por el parlamento central. La voluntad del todo, tal como se expresa en la legislación central, amenaza ser paralizada por la voluntad de una parte – , la particular del administrador, o la particularizada decisión de cada una de las administraciones autónomas”.

En conclusión, *“el destino de una democracia moderna depende de una gran medida de una organización sistemática de todas estas instituciones de control. La democracia sin control no puede durar, si excluye esta*

*autolimitación que representa el principio de legalidad, la democracia se disolverá en sí misma”.*

“El concepto de democracia participativa envuelve y amplía el de democracia representativa. No hace desaparecer las características de esta última, sino que las reinterpreta con un criterio distinto de la relación entre poder, Sociedad y Estado. Con esta nueva mirada, no puede entenderse que el derecho político a elegir a los miembros de las Corporaciones Públicas de decisión se agote únicamente con el ejercicio al voto. En la democracia participativa, debe también asegurarse que la expresión ciudadana tenga materialmente efectividad. La representación efectiva es por lo tanto una característica inescindible del derecho ciudadano al ejercicio del poder público a través de sus representantes. No puede aceptarse que una vez el ciudadano ha elegido, esa conformación del poder eventualmente deje de tener efecto por alguna circunstancia, y que frente a tal situación no exista un mecanismo para evitarla. Tal y como fue expresado en la sentencia de esta Corporación, la representación efectiva es un derecho político por la conexión conceptual que establece con el derecho a elegir y ser elegido, por el estrecho vínculo que establece con el fin político de conformación y ejercicio del poder por parte del ciudadano, establecido en la Constitución y por ser expresión de los mandatos y principios constitucionales consagrados en los artículos 1, 2, 3, 4 y 40. No es una excesiva extensión de los derechos políticos, como lo plantea el Consejo de Estado, sino que como ha sido visto, resulta necesaria para poder realizar y sobre todo concretar los principios de la democracia”.

Bajo esta interpretación, y entre los diferentes controles que se destacan en una democracia en el proceso de ejecución de las funciones administrativas, tenemos que el control fiscal es la herramienta por medio del cual se asegura el cumplimiento efectivo de los objetivos constitucionales previstos para las finanzas del Estado. En el cual, “El

*principio de participación democrática expresa no solo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia. El concepto de democracia participativa no comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos, consultas populares, revocación del mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual”.*

## **5. El aporte de la revolución inglesa a la teoría del control.**

En Inglaterra encontramos principalmente el primer vestigio del constitucionalismo moderno, desde la misma expedición la Carta Magna de 1215; pero fue ya entrado el siglo XVII, que el parlamento inglés aprobó varias leyes debido al ascenso del poder absoluto del monarca en contra del Parlamento, que personificaba de modo aproximado a la población económicamente activa, o sea, la población con grandes capitales y bienes, que se dividía en Cámara de los Pares y de los Comunes.

“A los ingleses se debe en el campo del derecho público, trascendentes instituciones moldeadas a través del tiempo (...). Son ellas, principalmente tres: a) La cristalización de la teoría de la representación, a través de la puesta en marcha de una institución esencial para el funcionamiento del régimen democrático: el *parlamento*. Aunque varias formas de representación se habían instituido en antiguas civilizaciones – en Grecia y Roma, principalmente – fue el parlamento inglés, cuya conformación se remonta al siglo XIII, el que sirvió de modelo a los demás cuerpos legislativos establecidos posteriormente en el mundo de las democracias representativas. b) La formalización de las Garantías para la

seguridad individual, a través de la institucionalización del *habeas corpus*, adoptada mediante ley constitucional en el siglo XVII, con la cual se buscó impedir la arbitrariedad a que estaban sometidas las personas al ser privadas de su libertad indefinidamente, sin fórmula de juicio y sin recursos de defensa. e) La implantación del *sistema de gobierno parlamentario* o de gabinete, proceso que se cumplió a lo largo del siglo XVIII, buscando establecer un equilibrio de poderes entre el ejecutivo (la corona) y el legislativo (el parlamento), mediante mecanismos como el de la responsabilidad política del gobierno ante el parlamento y el derecho de disolución de que goza aquel sobre este”.

El parlamentarismo como órgano de representación política, aparece como “*un lejano antecedente de limitaciones al poder del Rey representado en la Carta Magna de 1215*”, en el proceso inglés supone una cierta constante que no se registra en el resto de Europa. Con los tratados de gobierno escritos por John Locke, se dotó de un objetivo constitucional a los grupos que luchaban contra la monarquía de los Estuardo, sobre la base de que era necesario separar las autoridades, según sus funciones, lo cual inspiró a Montesquieu para formular la teoría de la tridivisión del poder público. La revolución gloriosa revocó a Jacobo II para coronar a Guillermo de Orange, quien se comprometió a respetar la soberanía parlamentaria. Ese fue el sentido de la declaración de derechos o Bill of Rights de 1689, a partir de la cual el eje de la política inglesa ya no fue tanto el Rey como el parlamento (...) declaración que permitió que finalmente triunfara la tesis de la soberanía parlamentaria con la exigencia de someter al ejecutivo a un control político, pero sin intención de apoderarse de él.

Durante el siglo XVII, en Inglaterra rondó un ambiente de inseguridad auspiciado por el deseo del monarca de acentuar aún más su poder absoluto, incluso por encima de la importancia histórica del parlamento inglés. Situación que obligó a que el Rey huyera hacia Francia. Ante lo cual, “*el Parlamento decretó la vacancia del trono y proclamó soberanos en igualdad de*

*condiciones a María II y Guillermo III. Al mismo tiempo votó la Declaración de Derechos (Bill of Rights), en la cual se hacía la enumeración prolija de las libertades contenidas en la Carta Magna de 1215, reiteradas en la Petición de Derechos, se confirmaba que el Rey no podía suspender la aplicación de las leyes ni percibir impuestos o sostener un ejército permanente sin consentimiento de las cámaras, se establecía que la elección de los miembros del Parlamento debía ser libre y sus reuniones frecuentes, se garantizaba la libertad de culto (menos católico), el derecho de petición al rey y la equitativa administración de justicia”.*

En síntesis, el aporte de la revolución inglesa al constitucionalismo moderno y a la teoría del control fue la creación del parlamentarismo como forma de gobierno, de representación política y de control al gobierno, el impuesto con representación, esto es, que el parlamento creara los tributos, que el gobierno los recaudara y los invirtiera en los programas estatales; el derecho de petición, la administración de justicia con participación de la comunidad a través de los jurados de conciencia. el constitucionalismo consuetudinario, los derechos de los administrados consignados en la Carta Magna del Rey Juan sin Tierra de 1215 y el bill of rights que fueron los primeros documentos constitucionales de que da cuenta la historia de la teoría política y del Estado.

## **6. El aporte de la revolución Norteamericana a la teoría del control.**

Los aportes de Estados Unidos de América al derecho público moderno también son de trascendental importancia. Podemos sintetizarlos en cuatro aspectos principales: a) el haberse dado la *primera constitución escrita*, de carácter nacional, en el mundo, a través de la Constitución de Filadelfia de 1787. b) La adopción de la *forma de estado federal*. c) La implantación del *sistema de gobierno presidencial*, en esa misma constitución, sistema basado en un ejecutivo monocrático, dotado de amplios poderes políticos y administrativos, pero sometido, a su vez, a un sistema de frenos y contrapesos por parte de los otros poderes

públicos (...). d) la formalización de la *independencia de los jueces*, respecto del ejecutivo y del legislativo, mediante la creación de una corte suprema colocada en pie de igualdad con los titulares de esos poderes, y de tribunales y jueces con funciones determinadas por la propia constitución. e) El control constitucional de las leyes. Además, fue en Estados Unidos donde se asignó por primera vez a un órgano jurisdiccional la función de control de la constitucionalidad de las leyes.

El sistema presidencialista norteamericano, se caracteriza por *“los ingredientes que dan por resultado la energía del ejecutivo son: primero, la unidad; segundo, la permanencia; tercero, el proveer adecuadamente a su sostenimiento; cuarto, poderes suficientes”*. *“Un ejecutivo débil significa una ejecución débil del gobierno. Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala; y un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno”*.

Pero el ejecutivo al igual que todos los estados federados del nuevo sistema de los Estados Unidos, debe estar sometido a la teoría de los frenos y contrapesos; en efecto, *“el hecho de depender del pueblo es, sin duda alguna, el freno primordial indispensable sobre el gobierno; pero la experiencia ha demostrado a la humanidad que se necesitan precauciones auxiliares”*.

De esta manera, tenemos que pese a los amplios poderes otorgados al Presidente de los Estados de la Unión, existe un sistema de contrapesos que le permite al Congreso de los Estados Unidos tener el poder de veto frente a las decisiones del jefe de Estado y de Gobierno, como por ejemplo *“el presidente de los Estados Unidos podrá ser acusado, procesado y, si fuere convicto de traición, cohecho u otros crímenes o delitos, destituido, después de lo cual estaría sujeto a ser procesado y castigado de acuerdo con las disposiciones legales ordinarias”*.

Otro aspecto importante del proceso de formación del Estado en los Estados Unidos de

América, es el relacionado con la forma como fue concebido el principio de separación de poderes, del sistema jurídico norteamericano; así, encontramos que *“con el fin de fundar sobre una base apropiada el ejercicio separado y distinto de los diferentes poderes gubernamentales, que hasta cierto punto se reconoce por todos los sectores como esencial para la conservación de la libertad, es evidente que cada departamento debe tener voluntad propia y, consiguientemente, estar constituido en forma tal que los miembros de cada uno tenga la menor participación posible en el nombramiento de los miembros de los demás. Si este principio se siguiera rigurosamente, se requeriría que todos los nombramientos para las legislaturas supremas, del ejecutivo, el legislativo y el judicial, procediesen del mismo origen, o sea del pueblo, por conducto que fueren absolutamente independientes entre sí”*.

Así mismo, debemos destacar la institución del jurado de conciencia en las causas criminales, que era conocido por todos los estados miembros de la unión, desde antes de ser proclamada la Constitución de 1777. La cuestión, fue si los juicios con jurado debían seguir vigente en la nueva organización, sobre lo cual se dijo: “el alguacil mayor, que es el encargado de convocar a los jurados ordinarios, y los secretarios de los juzgados, que nombran a los jurados especiales, son funcionarios permanentes que actúan aisladamente, y tal vez más accesibles a la corrupción que los jueces, los cuales forman un cuerpo colegiado. Pero pese a esta posibilidad, el juicio por jurado sigue siendo un valioso freno contra la corrupción. Multiplica considerablemente los obstáculos que impiden que tenga éxito. Tal como están ahora las cosas, sería necesario corromper al tribunal junto con el jurado; porque donde el jurado se equivoque patentemente, el tribunal, por regla general, permite un segundo juicio” .

## **7. El aporte de la revolución francesa a la teoría del control.**

Los aportes de la revolución francesa a la teoría del control y en general al

constitucionalismo y al derecho público moderno fueron: a) el esfuerzo por racionalizar y sistematizar el ordenamiento político del Estado, plasmado en la obra del Varón de Montesquieu, principalmente con su formulación de la teoría de la tridivisión de los poderes públicos en *Del espíritu de las leyes*. b) La influencia del pensamiento político de filósofos enciclopédicos en la *propagación de los ideales liberales* en Europa y América. c) La revolución y formulación de la *teoría de la soberanía popular* por parte principalmente, Juan Jacobo Rousseau y la posterior proclamación de la *soberanía nacional* en la revolución francesa, a fin de darle a la democracia su fundamento lógico y su base de legitimidad. d) La *Declaración de los derechos humanos del hombre y del ciudadano* proclamada formalmente el 26 de agosto de 1789. (...). e) El sistema de gobierno convencional o de asamblea, instaurado por primera vez en la Constitución revolucionaria de 1793 y la idea de la constitución como límite al ejercicio del poder.

Seguidamente, encontramos como aporte a la teoría del control en el estado francés, el conocido principio de legalidad, proclamado en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, según la cual *ningún hombre puede ser acusado, detenido ni preso, sino en los casos determinados por la ley y según la forma que ella prescriba*. principio que se encuentra ligado a la noción de Estado de Derecho e igualmente relacionado con el artículo 16 de la misma declaración que establece: **“toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes delimitada, no tiene constitución”**.

Durante el siglo XIX, la sociedad francesa se preocupó entre otras cosas, por encontrar fórmulas dentro del derecho que permitieran controlar al monarca en aquellos eventos en que este mandaba, expropiaba, cobraba doble gravámenes etc. De esta manera, *“la Revolución Francesa, que había declarado el derecho de propiedad como algo sagrado, hizo imperativa la necesidad de reparar los daños que la administración produjere. Es una época, en la cual el ejecutivo*



*comienza a tener una intervención mayor en la vida de los ciudadanos y se evidencia que algunas actividades este no difiere en su actual – en cuanto al modo, no a los fines – a la administración privada, lo que hará que en los casos en que se produzca un daño a los particulares se aplique al Estado, y más concretamente a su administración, el derecho de los particulares, es decir el Código Civil. Nace así la llamada teoría de los actos de gestión y su tratamiento civilista, en contraposición a los actos de autoridad en el Estado/Potestad se reviste de la soberanía nacional conservando su inmutabilidad”*

Una última evolución de esta teoría que reconoce la responsabilidad del Estado, *“a la persona que padeció el daño como producto de la actuación del estado, se le reconocerá expresamente el derecho de acción judicial y directamente contra este, para reclamar la indemnización del perjuicio sufrido. Este proceso se inicia, finalmente en Francia en el siglo XIX, donde habrá de surgir con los más claros perfiles la teoría de la responsabilidad del Estado que influirá y determinará la evolución del derecho público en la Europa continental y parte de América latina durante casi cien años”*

El aporte de la revolución francesa a la teoría del control y al constitucionalismo moderno esta constituido por el principio de legalidad, el estado unitario, el presidencialismo, la separación de poderes, la idea de que los estados democráticos deben tener una constitución escrita, pero con separación de poderes para que pueda ser calificado como un estado de Derecho.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **EL CONTROL Y VIGILANCIA A LA GESTIÓN FISCAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO**

La administración o el manejo de los recursos en el sector público es un tema de considerable importancia, ya que está directamente relacionado con el patrimonio de cada Estado. Los órganos que ejercen la fiscalización a la gestión pública en la mayoría de los

países son básicamente dos con sus respectivas variaciones de país en país. Por un lado, encontramos a las Contralorías propiamente dicha y por otro a los Tribunales de Cuentas, los cuales en términos generales, tienen el deber de controlar a través de sus procesos, el debido desarrollo de las funciones económicas y financieras de cada Estado.

Los Tribunales de Cuentas se pueden considerar de mucha antigüedad, sus primeros vestigios los encontramos desde que se iniciaron los órganos fiscalizadores del sector público. Por otro lado, desde inicio del siglo XX en los países americanos se comenzaron a organizar las contralorías, como órganos modernos y autónomos para el control y fiscalización de los recursos públicos. De los países que cuentan con contralorías actualmente como órgano autónomo e independiente, podemos mencionar a Colombia, Chile, Ecuador, Bolivia, Paraguay, Perú, Guatemala, Honduras, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Puerto Rico y Estados Unidos de América; en contraposición de algunos países en donde persiste la presencia de los Tribunales de Cuentas, como en Argentina, Uruguay, Brasil, Cuba, entre otros.

A continuación, se presentarán síntesis de los esquemas o sistemas empleados en algunos países Europeos, Latino Americanos y en los Estados Unidos de América, lo cual nos permitirá adquirir nociones a cerca de las diferencias y similitudes entre un país y otro; de cómo ejercen control fiscal, ya sea por medio de **Contralorías o Tribunales de Cuentas**.

## **1. Reino de España.**

El órgano superior de control de cuentas de la gestión económica del Estado y del sector público es el **Tribunal de Cuentas**, establecido en el *Artículo 136* de la Constitución

Española de 1978.

Con el fin de garantizar el debido desarrollo del Tribunal de Cuentas el Legislador expide la Ley Orgánica No. 2 de 1982, aprobada por el Parlamento, por la cual se establece la organización y funcionamiento de la institución del Tribunal de Cuentas de España. La jurisdicción de este órgano cubre todo el territorio nacional sin intervenir o afectar los entes fiscalizadores de cuentas de las Comunidades Autónomas, que hacen parte de los grupos que integran el sector público donde también se encuentra, la Administración del Estado, las Corporaciones Locales, las entidades gestoras de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las sociedades estatales y demás empresas públicas.

La fiscalización que adelanta el Tribunal de Cuentas está sujeta en gran parte al obligatorio apoyo que debe brindarle cada una de las entidades o instituciones mencionadas con anterioridad; de no ser así, el Tribunal pondrá en conocimiento de las Cortes Generales la falta de apoyo y se procederá con las sanciones pertinentes, donde fuere procedente.

El consolidado de las actividades desarrolladas durante las auditorías que realiza el Tribunal de Cuentas, es entregado a las Cortes Generales a través de un informe de rendición anual, que fundado en este se toman las medidas del caso. *“Los procedimientos jurisdiccionales ante el Tribunal de Cuentas pueden terminar por sentencia, allanamiento, desistimiento y caducidad. Las Resoluciones de dictamen son ejecutadas por el mismo Tribunal”*. Es decir, el Tribunal de Cuentas Español, no es una autoridad administrativa, de una parte es una autoridad de control fiscal que tiene la función y la competencia para realizar el proceso auditor a la gestión de los recursos públicos de las entidades del Estado Español, y de otra parte, tiene funciones jurisdiccionales, a través de la cual judicializa las irregularidades y delitos contra el patrimonio público que encuentre en los hallazgos de las auditorías fiscales.

La Ley Orgánica, en desarrollo de la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, estructura el Tribunal de la siguiente forma:

-El Presidente. El Presidente del Tribunal de Cuentas es nombrado por el Rey de entre sus miembros, a propuesta del Pleno y por un período de tres años. La elección propiamente dicha se efectúa por los Consejeros de Cuentas en votación secreta (...).

-Pleno. El Pleno está integrado por los doce Consejeros de Cuentas, uno de los cuales es el Presidente, y el Fiscal. Corresponde al Pleno ejercer la función fiscalizadora, plantear los conflictos que afecten a las competencias o atribuciones del Tribunal, conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por otros órganos del Tribunal, y las demás funciones que le encomiendan la Ley Orgánica y la de Funcionamiento (...).

-Comisión de Gobierno. Está constituida por el Presidente del Tribunal y los Consejeros de Cuentas Presidentes de Sección, que son elegidos por un período de tres años (...).

-Corresponde a la Comisión de Gobierno mantener relaciones permanentes con las Cortes Generales a través de la Comisión Mixta, ejercer, en materia de personal y régimen de trabajo, las facultades no reservadas específicamente al Pleno o al Presidente del Tribunal, hacer uso de la potestad disciplinaria en casos de faltas muy graves, distribuir los asuntos entre las Secciones, y las demás funciones que le atribuyen la Ley Orgánica y la de Funcionamiento.

-Sección de Fiscalización. La Sección de Fiscalización está integrada por su Presidente y los Consejeros que tengan a su cargo los Departamentos sectoriales y territoriales.

-Sección de Enjuiciamiento. La Sección de Enjuiciamiento está integrada por su Presidente y los Consejeros de Cuentas a quienes, como órganos de primera instancia o adscritos a la Sala o Salas del Tribunal, corresponde conocer de los procedimientos jurisdiccionales. (...).

-Consejeros de Cuentas. Los Consejeros de Cuentas son designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años, entre Letrados y Auditores del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidades y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional. (...).

-Fiscalía. La Fiscalía del Tribunal de Cuentas, que depende funcionalmente del Fiscal General del Estado, quedará integrada por el Fiscal y los Abogados Fiscales. (...).

-En especial, son funciones de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas consignar su dictamen escrito en las Cuentas Generales y en las Memorias, Mociones y Notas del Tribunal, en orden a las responsabilidades contables que de ellas puedan resultar,

ser oída en los procedimientos de fiscalización del Tribunal antes de su aprobación definitiva y solicitar la práctica de las diligencias que estime convenientes en orden a la depuración de las responsabilidades contables que de aquéllos puedan resultar, tomar conocimiento de todos los procedimientos fiscalizadores y jurisdiccionales que se sigan en el Tribunal a efectos de esclarecer las posibles responsabilidades contables que de ellos pudiera derivarse, y ejercitar la acción de responsabilidad contable y deducir las pretensiones de esta naturaleza.

-Secretaría General. La Secretaría General desempeña las funciones conducentes al adecuado ejercicio de las competencias gubernativas del Presidente, del Pleno y de la Comisión de Gobierno en todo lo relativo al régimen interior del Tribunal de Cuentas.

-El Secretario General es elegido y removido libremente por el Pleno, a propuesta de la Comisión de Gobierno. Corresponden a la Secretaría General las funciones antes señaladas y las de gestión, tramitación, documentación y registro de los asuntos de la competencia del Presidente, Pleno y Comisión de Gobierno. (...).

## **2. República Federal de Alemania.**

El **Tribunal Federal de Cuentas**, establecido en 1950; es el órgano encargado de adelantar todas las actividades de fiscalización financiera. En vista de la importancia que tienen las funciones a su cargo, el Tribunal ocupa una posición jerárquica igual que la de las principales oficinas de la federación, como, los Ministerios, la Presidencia Federal, entre otros.

Según la primera y segunda parte del Artículo 114 de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania “El Tribunal Federal de Cuentas, cuyos miembros gozarán de la independencia judicial, revisará las cuentas, así como la eficiencia y la regularidad de la gestión presupuestaria y económica. Deberá reportar directamente cada año, además del Gobierno Federal, también al Parlamento y al Concejo Federal”.

En cuanto a las funciones, el Tribunal de Cuentas como órgano autónomo e independiente, asiste a todas las entidades sometidas a fiscalización, a las Cámaras Legislativas y al Gobierno Federal, en donde consulta la información más representativa de tal forma que le permita emitir conceptos y propuestas para mejorar la gestión, mitigar los gastos y priorizar las fuentes de ingresos.

Los resultados de las auditorias son presentados a través de un informe anual, el cual se entrega a las Cámaras Legislativas y al Gobierno, para posteriormente aprobar la gestión presupuestaria por parte del Parlamento, y dado a conocer al público por el Presidente.

Otras de las *funciones* del Tribunal de cuentas a considerar son las siguientes:

- Fiscalizar las cuentas de los responsables del manejo de los bienes y fondos públicos, y la gestión de las entidades públicas.
- Participar en la realización de presupuestos y controlar las decisiones que pueden dar lugar a movimientos de fondos públicos.
- En vista de que el Tribunal de Cuentas de Alemania no posee facultades

sancionatorias, éste debe poner en conocimiento de los órganos jurisdiccionales todas las irregularidades que encuentre en el ejercicio de sus funciones.

### **3. República de Italia.**

En Italia, encontramos la **Corte de Cuentas (o tribunal de Cuentas)** ; instituida en 1862, bajo la orientación del modelo del Tribunal de Cuentas Francés (Cour des Comptes - 1807). Esta Corte tiene bajo su responsabilidad funciones tanto de control como de jurisdicción.

El equipo de magistrados que conforman el Tribunal, está dividido en tres (3) partes denominadas Asambleas, de las cuales una (1) se encarga de la gestión de control y las otras dos (2) de la parte Jurisdiccional. Las Asambleas son encabezadas por el Presidente de la Corte o Tribunal de Cuentas el cual es elegido por los mismos magistrados activos, que hayan desempeñado durante tres años, como mínimo, las funciones de presidente de sección. Sus magistrados son elegidos a través de concurso público.

Las funciones principales de Corte de Cuentas se dividen en tres: Un *Control Preventivo*, el cual era el único control que se ejercía en la Corte antes de la Reforma de 1994, que está enfocado en los aspectos más importantes y que representen mayor incidencia en economía del Estado. El *Control de Gestión*, el cual surge a partir de la Reforma de 1994, y a través del cual se ha logrado incidir con mayor eficacia y eficiencia en la labores de la administración pública, generando así, acciones correctivas por parte de las entidades fiscalizadas en vez de resultados sancionatorios directos emitidos por la Corte. Por último se cuenta con un *Control financiero – contable y de derecho auxiliar al Parlamento*, que tiene que ver principalmente con los informes o rendiciones presupuestarias que se presentan ante el Parlamento de manera



periódica con base al Artículo 81 de la Constitución.

El Control externo tanto en las entidades autónomas como en el Estado, lo hace el Tribunal de cuentas con el fin de garantizar mayor originalidad y confiabilidad, a diferencia de los regímenes pluralistas que optan los Estados Federales, también Europeos.

#### **4. República de Canadá.**

La Oficina del Auditor General (OAG) de Canadá se creó en 1878 y se rige en la actualidad por la Ley del Auditor General de 1977. Esta oficina es la responsable de adelantar las auditorías tanto en el gobierno federal como en los tres gobiernos territoriales. Los sujetos de control y vigilancia por parte de esta Oficina, son todas las entidades del Gobierno central, así como sus entidades vinculadas y los fondos especiales dentro y fuera del País.

El Auditor General, es elegido por un período de diez años, es un integrante del Parlamento y forma parte del cuerpo Legislativo del Congreso. Éste es independiente de los parlamentarios ya que solo se tiene en cuenta su opinión al momento de analizar un asunto inherente a sus funciones.

La Oficina de Auditoría General, realiza tres tipos de auditorías: *Auditorías Financieras*, en donde se analizan los resultados financieros anualmente a la mayoría de las entidades públicas y muchas organizaciones; *Exámenes Especiales*, que según la Ley de Administración Financiera todas las entidades públicas Federales deben someterse a un examen cada cinco años en donde el Auditor evalúa la gestión adelantada, y *Rendición de Cuentas* o Auditoría de Resultados, en donde la Oficina del Auditor General practica alrededor de treinta auditorías anualmente en los departamentos y organismos federales, determinando la eficiencia y

eficacia en la gestión realizada por dichos entes.

Dentro de las funciones más importantes de esta Oficina se pueden mencionar:

- Realizar estudios de los métodos empleados, equipos y procedimientos aplicados en el ejercicio de sus funciones.

- Entregar anualmente un informe de los resultados de las auditorias al Parlamento a través del comité de Cuentas.

## **5. Estados Unidos de América.**

La *General Accounting Office* (GAO) , es el órgano de Control encargado de adelantar la fiscalización en los Estados Unidos, el cual se constituyó en 1921.

El principio fundamental de la GAO es apoyar las gestiones de Control del Congreso, en lo concerniente al control de la administración de los recursos o fondos públicos, los cuales son manejados por el Gobierno Federal. Desde el punto de vista territorial, cada Estado tiene un cuerpo de control que se encarga de adelantar las fiscalizaciones de los proyectos gestionados en cada uno de estos.

En pro de la eficacia y eficiencia, la GAO ha venido dándole importancia a los planes y procesos que generen mitigación de gastos e incrementos en los ingresos, haciéndole seguimiento riguroso a las entidades con mayor índice de gastos.

La GAO está conformada por un grupo de 4500 personas aproximadamente, de las cuales,

tres cuartas partes (3000 personas aproximadamente) son las encargadas de las labores cuyo origen es la gestión parlamentaria y se desempeñan en Washington, y el resto se encarga de adelantar los informes indicados por la ley.

La GAO realiza diversos tipos de informes, que a diferencia de la mayoría de los enfoques que optan los demás órganos de control fiscal hacia la fiscalización financiera; se preocupa por las auditorías que permiten mejorar la eficiencia, eficacia y economía de los estados.

A la cabeza de la GAO está el Contralor General, designado por el Presidente para un período de 15 años, de una lista de candidatos recomendados por un comité bipartidista del congreso de los EE.UU. Colaboran con el Contralor General, cuatro contralores asistentes y un asistente especial. “La *General Accounting Office*, está conformada por cuatro secciones de programas que adelantan las gestiones” de adquisiciones, seguridad nacional, recursos humanos, protección ambiental y administración de personal. Tres divisiones técnicas se ocupan de la administración financiera, administrar información y la evaluación de programas.

## **6. República de Argentina.**

El órgano encargado de adelantar las funciones de control y fiscalización en Argentina es el **Tribunal de Cuentas**, del cual existe uno en cada provincia o municipio. El Tribunal de Cuentas, como órgano de control administrativo con funciones jurisdiccionales, se encarga de examinar las cuentas de inversión de las rentas públicas, tanto provinciales como municipales.

El Estatuto (t.a. 2004) del Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas de la República de Argentina (S.P.T.C.R.A) en *sus Artículos del 1 al 4 del Título I* establece:

Que el S.P.T.C.R.A es una asociación conformada por los Tribunales de Cuentas de la Provincias, Municipios y Organismos públicos de Control externo. Este secretariado tendrá una sede administrativa rotatoria, la cual dependerá del lugar donde resida el presidente del Secretariado. Los miembros deben estar en constante comunicación y actualización de información concerniente al Control y Fiscalización de los recursos públicos, así como también garantizar el respeto institucional de los Tribunales de Cuentas.

El Secretariado de los Tribunales en aras de cumplir con sus objetivos principales realizan una serie de actividades en donde participan todos los miembros; dentro de las cuales podemos mencionar los vínculos con universidades, entre otras entidades y organismos que están relacionados con la administración y finanzas públicas, ya sean de carácter privado o público.

## **7. República Bolivariana de Venezuela.**

La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control.

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de

Control Fiscal en sus Artículos del 1° al 9° establecen las disposiciones generales de la Contraloría, en donde se indican las atribuciones y el funcionamiento de dicho órgano, el cual en el ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta todas las actividades que le asigne el Consejo Moral Republicano, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las Leyes.

## **8. República Federativa de Brasil.**

El **Tribunal de Cuentas** es el encargado de adelantar las funciones fiscales tal como lo establece la Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988 en sus *Artículos 70 al 75* y el decreto Ley 199 de 1967.

El Tribunal cumplirá las funciones de vigilancia y supervisión de cada una de las personas naturales y entidades públicas que manejen o administren recursos o bienes del Estado, a través de auditorias. Posteriormente se hace presentación de cuentas y dependiendo de los resultados se tomarán las medidas sancionatorias si es del caso.

## **9. República de Chile.**

En 1870 nació el Tribunal de Cuentas de la República de Chile, el cual fue sustituido por la **Contraloría General de la República** en 1927 como resultado de la Misión Kemmerer, que en 1925 y de conformidad con sus recomendaciones, se suprimió la Oficina General de Cuentas, la Dirección General de Estadística, la Inspección General de Bienes y los Tribunales de Cuentas.

La Contraloría General de la República, es un órgano autónomo de carácter constitucional (Constitución Política de la República de Chile, 1980), encargado de controlar la función pública relacionada con los ingresos e inversiones de los recursos fiscales y municipales. Además tiene las facultades de llevar la contabilidad, supervisar los aspectos financieros del estado y garantizar el debido proceso que esto implique.

## **10. República de Cuba.**

A principios del siglo XX, Cuba estaba sometida a los intereses de los Estados Unidos de América, lo cual no les facilitaba profundizar técnicas sobre contaduría pública y auditoría.

Luego de consolidarse la Revolución Cubana, se implementan unas técnicas de auditorías enfocadas a los intereses de la sociedad, lo que generó la abolición del Tribunal de Cuentas en 1960, cuyas funciones quedarían a cargo del Ministerio de Hacienda, el cual desaparece unos años después en donde queda como heredero de este, el Banco Nacional de Cuba, quien de ahí en adelante se encargaría de adelantar las funciones de fiscalización económica del Estado.

En la década de los setenta, mediante la Ley 1323 de 1976, se crea el Comité Estatal de Finanzas como consecuencia de la desaparición de las auditorías externas; y hasta finales de 1994 se aprueba la Oficina Nacional de Auditoría a través del acuerdo 2819 del Comité ejecutivo del Consejo de Ministro.

Actualmente, el Ministerio de Auditoría y Control es el órgano encargado de dirigir y controlar las políticas estatales en materia de fiscalización. Este ministerio se crea por el

Decreto Ley 219 de 2001.

Ahora bien; el Presidente de la República de Cuba, en el discurso clausura del II Período Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular, que se llevó a cabo el día 27 de diciembre de 2008, anunció la futura creación de la Contraloría General de la República, cuyo proyecto se presentaría a mediados de 2009, siendo hoy una realidad. Dicho órgano adoptaría las funciones, entre otras, del Ministerio de Auditoría y Control.

## **11. República de Costa Rica.**

En sus inicios, a través de la Ley 8 del 26 de mayo de 1922, surge la Oficina de Control, la cual asumió las funciones de la Contaduría Mayor. Esta Ley y sus reformas se derogaron mediante Ley 200 de 1945, cuando se creó el Centro de Control.

En 1949, la Asamblea Constituyente convocada luego de la guerra civil del año anterior y su consecuente ruptura del orden constitucional, evaluó las funciones del Centro de Control y determinó la necesidad de que existiera un órgano que vigilara permanentemente la inversión, procedencia, manejo financiero, económico y legal de los fondos públicos. Es así como se incluyó un capítulo en la Ley Fundamental que creó a la *Contraloría General de la República*, entidad que tendría la finalidad de ser el freno y contrapeso legislativo en la ejecución y liquidación de presupuestos.

El constituyente elevó a rango constitucional a las normas que establecen las competencias de la Contraloría General de la República, al considerar que esta era la mejor manera de regular las relaciones mutuas de un poder a otro y de garantizar que todo gobierno

cumpliera con ellas.

En cuanto a las funciones y competencias de la CGR, el *Artículo 4* de la Ley Orgánica 7428 de 1994 establece que la Contraloría General ejercerá control sobre todas las entidades que conforman la Hacienda pública y tendrá competencia sobre:

- Los entes públicos de cualquier tipo.

- Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que indica la Ley Orgánica de la Contraloría.

- Los entes y órganos extranjeros integrados por entes u órganos públicos costarricenses dominados mayoritariamente por estos, o sujetos a su predominio legal, o cuya dotación patrimonial y financiera esté dada principalmente con fondos públicos costarricenses, aún cuando hayan sido constituidos de conformidad con la legislación extranjera y su domicilio sea en el extranjero. Si se trata de entidades de naturaleza bancaria, aseguradora o financiera, la fiscalización no abarcará sus actividades sustantivas u ordinarias.

- Las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras.

- Si se trata de entidades de naturaleza bancaria o financiera y que sean extranjeras, la competencia facultativa de la Contraloría se ejercerá sobre ciertas actividades de las mismas.



-Los criterios que emita la Contraloría, en el ámbito de su competencia, serán vinculantes para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización.

Se entiende por sujetos pasivos los que están bajo la fiscalización de la Contraloría General de la República.

## **12. República de Panamá.**

En este país, el ente de control es la *Contraloría General de la República*, la cual se crea mediante el *Artículo 223* de la Constitución de 1946, como un órgano independiente del Ejecutivo, con el propósito de fiscalizar, regular, vigilar y controlar los movimientos de los bienes y fondos públicos, y revisar e intervenir las cuentas de los mismos.

El Contralor General de la República es elegido por la Asamblea Nacional por un periodo igual al del Presidente de la República, en el cual no podrá ser suspendido ni removido, sino por razones definidas por la Ley, cuya competencia corresponde a la Corte Suprema de Justicia.

Las funciones generales que ejerce la Contraloría General de la República de Panamá son:

-Llevará las cuentas nacionales, incluso las referentes a las deudas interna y externa, y fiscalizará la contabilidad del Sector Público (Según Reforma del numeral 1 del artículo 11, por ley 97 del 21 de diciembre de 1998).

-Fiscalizará, regulará y controlará todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que tales actos se realicen con corrección y según lo establecido en las normas jurídicas respectivas.

-La Contraloría determinará los casos en que ejercerá tanto el control previo como el posterior sobre los actos de manejo, al igual que aquellos en que sólo ejercerá este último. Esta determinación se hará mediante resolución escrita que expedirá el Contralor General.

-Examinará, intervendrá y fenecerá las cuentas de los servidores públicos, entidades o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos. Lo atinente a la responsabilidad penal corresponderá decidirlo a los tribunales ordinarios.

-Realizará inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, en su caso, presentará las denuncias respectivas. Estas investigaciones pueden iniciarse por denuncia o de oficio, cuando la Contraloría lo juzgue oportuno.

-Al instruir una investigación, la Contraloría practicará las diligencias tendientes a reunir los elementos de juicio que esclarezcan los hechos, pudiendo recibir testimonios, designar peritos, realizar inspecciones y practicar cualesquiera otras pruebas instituidas por la ley.

-Recabará del Ministerio Público informes sobre el estado de las investigaciones sumariales y de los procesos penales que tengan origen en ilícitos cometidos contra

la cosa pública, con el fin de completar los registros que sobre el particular lleva la Contraloría.

-El Ministerio Público y la Contraloría coordinarán su labor en dichas investigaciones y procesos, a fin de que cumplan con la misión asignada a cada una de esas dependencias estatales.

-Recabará a los respectivos servidores públicos informes sobre la gestión fiscal de las dependencias públicas, nacionales, provinciales, municipales, autónomas o semiautónomas, de las empresas estatales y juntas comunales, con la periodicidad que las circunstancias ameriten.

-Establecerá y promoverá la adopción de las medidas necesarias para que se hagan efectivos los créditos a favor de las entidades públicas. En los casos en que el funcionario obligado a adoptar tales medidas los omita, por negligencia o negativa injustificada, la Contraloría General deberá dirigirse al superior jerárquico respectivo y, cuando el primero carezca de superior jerárquico, pondrá el caso en conocimiento del Procurador General de la Nación, del Procurador de la Administración, o del Presidente de la República, a efecto de que se le impongan las sanciones que la Ley prevea.

-Cuando la Ley no haya instituido sanción específica, el funcionario que incurra en tal falta podrá ser sancionado con multa hasta de cien balboas (B/.100.00) la primera vez, con suspensión del cargo hasta por quince (15) días, la segunda vez, y con la destitución cuando el incumplimiento sea contumaz.

-Demandará la declaratoria de inconstitucionalidad, o de ilegalidad de los actos que, en violación de la Constitución o de la Ley, afecten patrimonios públicos. Para la adopción de esta medida se requerirá autorización expresa del Contralor General o del Sub-Contralor, quienes si lo juzgan oportuno pueden realizar consulta previa con el Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración.

-Establecerá los métodos y sistemas de contabilidad de las dependencias públicas nacionales, municipales, autónomas o semiautónomas, de las empresas estatales y Juntas Comunales. Estos métodos y sistemas se elaborarán procurando que los registros contables sirvan para generar la información financiera y presupuestaria necesaria para el análisis de la situación respectiva, a fin de realizar una adecuada evaluación de la administración de los patrimonios públicos y constituyen un auxiliar eficaz para la labor de fiscalización y control que realiza la Contraloría

Una vez establecidos los métodos y sistemas de contabilidad por la Contraloría General, ésta señalará mediante resolución una fecha para su aplicación por la dependencia estatal respectiva, a partir de la cual tales métodos y sistemas serán de obligatorio cumplimiento para los funcionarios encargados de aplicarlos. La violación de la norma contenida en el inciso anterior se sancionará en la forma prevista en el ordinal 7 de este artículo.

-Participará en la elaboración del presupuesto general del Estado en la forma prevista en la Constitución, emitirá concepto sobre la viabilidad y conveniencia de la expedición de créditos suplementales y extraordinarios e Informará al Órgano Ejecutivo y a la Asamblea Legislativa sobre el estado financiero de la Administración Pública.

-La contraloría emitirá concepto sobre los proyectos de leyes que supriman ingresos comprendidos en el Presupuesto y establezcan rentas sustitutivas o aumente las existentes, en la forma establecida en el Artículo 272 de la Constitución.

-La Contraloría presentará al Órgano Ejecutivo informes mensuales y anuales sobre el estado financiero de la Administración Pública, sin perjuicio de que lo haga con mayor frecuencia cuando las circunstancias lo ameriten.

-De igual manera, la Contraloría General de la República deberá presentar al Órgano Ejecutivo, conjuntamente con el Ministerio de Economía y Finanzas, un plan de reducción de gastos, cuando en cualquier época del año consideren fundadamente que el total efectivo de ingresos puede ser inferior al total de gastos autorizados en el presupuesto nacional.

-Este plan deberá ser presentado a la consideración del Consejo de Gabinete y, una vez aprobado, será de ejecución obligatoria para la Administración.

-Esta atribución, en lo que concierne a los Municipios, Juntas Comunes, entidades autónomas y semiautónomas, empresas estatales y, en general, en aquellas sobre las cuales ejerza fiscalización la Contraloría, será realizada por el Delegado o representante del Contralor ante la respectiva entidad, conjuntamente con los otros funcionarios públicos correspondientes; ante el organismo competente para adoptar la medida.

-Dirigirá y formará la estadística nacional, de conformidad con las disposiciones

legales y reglamentarias pertinentes. Para estos fines la Contraloría podrá crear los comités técnicos necesarios, para promover el mejoramiento de las estadísticas nacionales.

-Nombrará a los empleados de sus departamentos de acuerdo a las normas constitucionales y legales vigentes.

-Presentará al Órgano Ejecutivo y a la Asamblea Legislativa un informe sobre sus actividades.

-Juzgará las cuentas que llevan los agentes y empleados de manejo de fondos públicos, cuando surjan reparos al momento de su rendición o a consecuencia de investigaciones efectuadas por la Contraloría y,

-Cualesquiera otras que le asigne la Ley.

En cuanto a su estructura, el *Artículo 5* de la Ley Orgánica establece que la Contraloría General de la República estará integrada por un Organismo Central y por los Departamentos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Por lo tanto el Contralor General tendrá las facultades de crear oficinas en diversas partes del País y en las distintas entidades estatales, siempre y cuando las necesidades lo ameriten. Las personas serán nombradas por el Contralor General, quien determinará los requisitos exigidos para el desempeño de Las funciones.

A modo de conclusión sobre el control fiscal en el derecho comparado, encontramos que el mundo se diferencia claramente dos sistemas para ejercer la vigilancia fiscal a la

administración pública. De esta manera encontramos:

-Las Contralorías. La principal característica de las contralorías, es que se constituyen como órganos autónomos e independientes de las demás ramas del poder público. Igualmente es común que las encontremos independientes de toda injerencia política, toda vez que entre más politizada se encuentre la contraloría menos independencia tendrá. Otra característica importante, está dada por su titular es depositario de las funciones administrativas y por consiguientes sus actos están sujetos al control jurisdiccional y sólo guardan competencia para declarar la responsabilidad fiscal.

-Los Tribunales de Cuentas o Cortes de Cuentas. Normalmente los Tribunales de Cuentas se encuentran adscritos a la rama judicial del poder público, y por tanto sus decisiones son de carácter jurisdiccional. Están integrados por magistrados en un cuerpo mediante cuerpos colegiados. Y de igual manera que para las contralorías de ellas se predica igualmente su autonomía e independencia, sólo que en la práctica puede ser menor, pues en muchos casos el representante del órgano de control fiscal, es designado por el Presidente o primer mandatario del país.

## **TÍTULO SEGUNDO**

### **DEL EJERCICIO DEL CONTROL Y VIGILANCIA A LA GESTIÓN FISCAL EN COLOMBIA**

Hagamos un poco de historia fiscal en Colombia desde la época de la Conquista, pasando por la época Colonial, y su evolución después de la República; así como los antecedentes más inmediatos de la estructura y del sistema de Control Fiscal vigente a partir de la

Constitución de 1991.

De acuerdo a la metodología desarrollada en este título, primero abordaremos las instituciones de vigilancia a la gestión a los bienes de la corona española durante la época de la conquista y de la colonia, para luego realizar un análisis del ejercicio del control fiscal en la época de formación y consolidación de la República, haciendo un estudio de su evolución durante el siglo XIX hasta la Constitución Política de 1886.

Por otra parte analizaremos el contexto político y social del las dos primeras décadas del siglo XX, la convulsión económica y social vivida con ocasión de la guerra de los mil días y la separación de Panamá, el Gobierno del Presidente Pedro Nel Ospina Pérez, la contratación de la Misión Kemmerer y sus efectos en la organización del sistema monetario, el establecimiento de los sistemas de Banca Central y de Bancos de Crédito, la reorganización del Estado, entre otros.

Analizado lo anterior, estudiaremos el proceso de creación del Departamento Administrativo de Contraloría con la ley 42 del 19 de julio de 1923, y las modificaciones que esta sufrió luego de la segunda Misión Kemmerer, hasta llegar a la reforma constitucional de 1945 con la que la se atribuyó a la Contraloría la función constitucional de fiscalización del manejo del erario público.

Se estudiara especialmente la reforma a la Contraloría promovida por el presidente López Michelsen, dado el gran impacto que tuvo la misma en la vigilancia y el Control Fiscal de la gestión pública en Colombia. Esto nos permitirá dilucidar las principales características que a partir de este momento empezó a tener el Control Fiscal en nuestro país, esto nos permitirá entender y explicar como nacieron los actuales sistemas de Control Fiscal.



De la misma manera, teniendo en cuenta el objeto de esta obra, haremos un estudio especial a la función de Control Fiscal desde la perspectiva del decreto 222 de 1983, la ley 19 de 1982 y el desarrollo que tuvo esta ley con el mencionado decreto en lo atinente a las facultades concedidas a la Contraloría General de la Nación con relación al régimen especial de control fiscal en materia de contratación administrativa.

Finalmente y con el objeto de conocer y comprender la estructura y la función que ejercen los Órganos de Control Fiscal en Colombia, haremos un estudio de los principales debates suscitados durante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 con ocasión del debate acerca de cómo debía ejercerse esta función en el modelo de Estado que se estaba empezando a construir a partir de ese momento, culminado con la regulación actual desde la vista constitucional y legal, estableciendo sus principales características.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **ANTECEDENTES POLÍTICOS, ECONÓMICOS, CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA.**

Tal como lo mencionamos al iniciar este título, con el fin de comprender las instituciones del Control Fiscal en Colombia, primero es necesario entrar a estudiar las instituciones que le precedieron, o que en muchos casos hicieron las veces de Contraloría por las especiales funciones de vigilancia que desempeñaron en el Estado.

#### **1. Del Ejercicio del control y vigilancia fiscal en la época del descubrimiento,**

## **conquista y su desarrollo en la Colonia.**

Como primer antecedente en EL territorio nacional y en América Latina, el Control fiscal durante este periodo nace por la necesidad que tuvo la corona española de poder controlar y vigilar a sus agentes frente al descubrimiento, conquista y explotación de los recursos hallados en las Colonias.

De esta manera se puede observar que desde el mismo periodo de descubrimiento, como lo señala el historiador Armando Gómez Latorre *“en el segundo viaje, cuando Cristóbal Colón parte de Cádiz, al frente de una empresa colonizadora con 17 naves y 1500 personas, los Reyes Católicos designan a un funcionario denominado Lugarteniente de los Contadores Mayores de Castilla cuya misión específica era controlar los ingresos y egresos oficiales reactivos a la expedición”* con lo cual se puede decir que nacía en Hispanoamérica el concepto de control y vigilancia sobre las cuentas oficiales o del Estado.

Este mismo interés por parte de los monarcas se mantuvo durante la Colonia, periodo durante el cual, con la creación en 1511 del Tribunal de Audiencia de Santo Domingo, la corona se aseguró de crear una institución que administrara justicia, al ser tribunal de apelación en temas contenciosos, civiles, administrativos y criminales, además de tener a su cargo el gobierno de la isla La Española. Estos tribunales en uso de las facultades otorgadas desde España practicaban en juicios de residencia al final del mandato a aquellos funcionarios que tuvieran jurisdicción, mando y dispusieran de bienes y caudales de la corona; juicio que consistía en un examen de sus actuaciones así como una rendición de cuentas de los bienes puestos a su cuidado.

Más adelante al comenzar el siglo XIV con la creación del Supremo Consejo de Indias, la Corona busco tener un mayor acercamiento y control en el manejo y gestión de las colonias,

al haber dotado a estos Consejos de atribuciones de tipo legislativo, jurisdiccional y ejecutivo; atribuciones con las cuales practicaba investigaciones a los agentes de la Corona encargados del manejo de sus fondos en las Colonias.

De esta misma manera a comienzos del siglo XV, por lo importante que resultaba para los ingresos de la Corona la explotación de los metales y piedras preciosas, son creados los Tribunales de Cuentas con el fin de vigilar la gestión de esta actividad. Durante este periodo, en nuestro territorio, gracias a las Ordenanzas de Burgos del Rey Felipe III, se crea el Tribunal de Cuentas de Santafé de Bogotá; el cual tenía a su cargo el examen, enjuiciamiento y sanción de los funcionarios que debían responder en esta jurisdicción por el manejo de fondos, bienes o servicios del Estado Español.

Durante los siglos venideros, hasta el siglo XVIII, estos Tribunales tuvieron la función de contralorías regionales en los Virreinos, capitanías y presidencias de España en el Nuevo Mundo. Para luego, ser creadas, en el mismo siglo, las Oficinas de Contabilidad gracias a la influencia que tuvo de la Revolución Francesa en la concepción de los estados modernos en Europa.

## **2. Del ejercicio del control fiscal y de la hacienda pública en la época de la formación y consolidación de la República.**

Durante el periodo siguiente a la Guerra independentista y con el estado de las finanzas de la Nueva República, comienzan una serie de modificaciones a los sistemas de control implantados por la Corona en el Nuevo Mundo, muchos de los cuales se mantuvieron luego de la independencia; otros de los cuales desaparecieron, se modificaron y volvieron a

reaparecer una y otra vez durante el siglo XIX con cada una de las modificaciones constitucionales que devinieron en ese periodo de formación de la República hasta la Constitución de 1886.

Así con la naciente República, durante la segunda y tercera década del siglo XIX el gobierno comenzó la misión de empezar a organizar el Estado especialmente sus finanzas que se habían visto gravemente afectadas por el costo de la guerra, de esta manera en el año de 1819 dicta un decreto mediante el cual como medida de austeridad y con el fin de sanear las cuentas de la Nación rebajó a la mitad los sueldos y emolumentos que devengaban del erario los militares y funcionarios públicos; dictando normas muy severas en contra de los funcionarios encargados de manejar dineros públicos, imponiéndoles la sanción de pena de muerte en caso de defraudar el tesoro de la Nación. Así mismo se encomienda el control y manejo de los recursos oficiales al Tribunal Mayor de Cuentas y a la Superintendencia General de Hacienda; atribuyéndole a esta ultima funciones de Contraloría.

El 6 de octubre de 1821 se crea la Contaduría General de Hacienda, que sustituida en el año 1824 por la Dirección General de Hacienda. En el año de 1832 revive la Contaduría General de Hacienda, como una dependencia del ejecutivo con la función de examinar y fenecer las cuentas anuales que debían rendir los empleados encargados del manejo de los fondos públicos en los primeros meses de cada año. Más adelante en 1847, con la ley de Administración de Hacienda Nacional, desaparece la Contaduría General de Hacienda para pasar las funciones de examen y fenecimiento de las cuentas a manos de la Corte de Cuentas, atribuyéndole funciones puramente fiscales.

Sin embargo, esta Corte desaparece a mediados del siglo XIX, con la creación 1850 de la Oficina General de Cuentas, en la cual a diferencia de la anterior, su representante ya no era

nombrado por el ejecutivo, sino por el Congreso; reapareciendo nuevamente en el año de 1898, señalando que dicha Corte sería integrada por diez magistrados elegidos por el Senado de la República y por la Cámara de Representantes, elevándose más tarde su número a trece y pasando su elección a manos del Tribunal Contencioso Administrativo.

### **3. El contexto político y económico durante el Gobierno conservador del Presidente Pedro Nel Ospina.**

En el año de 1922, luego de la guerra de los mil días, ante la coyuntura desencadenada con ocasión de la indemnización dada por los Estados Unidos por la pérdida de Panamá y como consecuencia del interés del Gobierno Nacional de acceder a la inversión extranjera y al crédito externo, siendo presidente Pedro Nel Ospina, desde el gobierno se empezó a promover la contratación de un grupo de expertos en temas bancarios y financieros, con el propósito de realizar un estudio económico y hacer recomendaciones para el manejo adecuado en el campo monetario y fiscal del país.

Gracias a la gestión del embajador en Washington Enrique Olaya Herrera, el Gobierno Nacional hace contacto con el profesor Edwin Walter Kemmerer, el cual es contratado junto a otros cuatro expertos y un secretario, quienes después de concluidos sus estudios presentaron sus recomendaciones, las cuales fueron acogidas en diez proyectos de ley, siendo destacadas las modificaciones a algunas disposiciones legales sobre el manejo y gestión del erario y las finanzas públicas.

#### **4. La Misión de Edwin Walter Kemmerer y sus recomendaciones fiscales.**

Las recomendaciones de la Misión, estuvieron encaminadas a mejorar el clima de inversión para los prestamistas extranjeros, y disminuir el riesgo de inversión, al mejorar el manejo de las políticas monetarias y a fortalecer el aparato fiscal del Estado.

Se buscaba entonces, que el país contará con unos adecuados sistemas de presupuesto, contabilidad pública, banca central y regulación bancaria que garantizará un grado mínimo de seriedad en el manejo de las finanzas públicas, con un adecuado sistema de tributación que garantizara unos ingresos públicos mayores y mas constantes, leyes que regularan y facilitaran los negocios y sistemas veraces de información, acerca del estado de las finanzas y de la economía del país.

De esta manera, concluidos los estudios de la misión, estos se tradujeron en los siguientes proyectos de ley, los cuales relacionamos a continuación junto con la respectiva ley que los aprobó en el Congreso:

-Impuesto de papel sellado y timbre nacional. Ley Orgánica No. 20 de 1923.

-Creación del Banco de la República. Ley Orgánica No. 25 de 1923.

-Sobre el número y nomenclatura de los ministerios. Ley 31 de 1923.

-Formación y fuerza restrictiva del presupuesto nacional. Ley 34 de 1923.

-Administración y recaudación de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría. Ley 42 de 1923.

-Establecimientos bancarios. Ley 45 de 1923.

-Instrumentos negociables. Ley 46 de 1923

-Impuesto a la renta. No fue aprobada por el Congreso.

-Impuesto a los pasajes. No fue aprobada por el Congreso.

En materia fiscal, con las mencionadas reformas, se buscó garantizar la veracidad y exactitud en las cifras gubernamentales, para con ello llegar a un adecuado equilibrio presupuestal y con ello, controlar, además, que los gastos del gobierno se llevaran de acuerdo a la ley del presupuesto.

## **5. Creación del Departamento Nacional de la Contraloría General de la República como una dependencia del Ministerio de Hacienda.**

Con la Ley 42 de 1923, y de acuerdo a las recomendaciones hechas por la misión Kemmerer, desaparece la Corte de Cuentas y se crea la Contraloría General de la República como departamento en cabeza de un Contralor General y un Auditor General, nombrados por el gobierno previa aprobación de la Cámara de Representantes y la creación del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y de emisión de la moneda.

El Contralor contaba con expresas facultades para el examen, glosa y fenecimiento de

cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar, y custodiar fondos o bienes de la Nación; igualmente, estableció la rendición de cuentas durante los cinco primeros días del mes para los empleados nacionales que manejaran dineros públicos, señalando que de no presentarse dentro de dicho plazo el Contralor tenía la facultad de solicitar la suspensión inmediata del cargo.

Así mismo, se instituyó la función de control previo señalando que en ningún caso podría efectuarse sin ley previa que lo autorizara. Se implementó además el recurso de apelación en cabeza del Consejo de Estado para conocer de aquellas decisiones que tomaban los contralores.

Para la tercera década del siglo XX, la Misión Kemmerer retorna a nuestro país con nuevas recomendaciones, entre las que se encontraba modificar la Ley 42 de 1923. Sin embargo, por las fuertes críticas que diversos sectores presentaron a la misma, el gobierno se abstiene de presentar este proyecto, sometiendo el mismo al estudio de una comisión integrada por funcionarios del Ministerio de Hacienda y el Contralor General, los cuales logran llegar a un acuerdo que condujo a una reforma interna de la Contraloría, y con ella del procedimiento para el control de las apropiaciones presupuestales de los ingresos, egresos y la rendición de cuentas.

## **6. El carácter formal y sustancial del control fiscal.**

Una característica del control Fiscal durante este periodo es que este se limitaba a la realización de un simple control de regularidad, también llamado numérico legal, limitado a la simple función verificadora, consistente en realizar una simple confrontación de datos plasmados en formatos preestablecidos por los departamentos de organización y métodos,



entorpeciendo en muchos casos los planes, programas y políticas de las entidades auditadas. El principio de economía bajo esta forma de control se limitaba sólo a aspectos contables, en el cual únicamente se verificaban que las operaciones de la administración se realizaran al mínimo costo.

## **7. La creación constitucional de la Contraloría General de la República como órgano de control y vigilancia autónomo e independiente.**

En el año 1945, es promovida por el Gobierno Nacional una modificación al artículo 209 de la Constitución de 1886, elevando la Contraloría a canon constitucional. Como lo señala Rodrigo Naranjo Gálvez. *“con su nuevo estatus jurídico, esta última paso a llamarse Contraloría General de la República, en lugar de departamento de Contraloría”*

Obsérvese la importancia que a partir de este momento empezó a tener este órgano de control, pues al haberse elevado a rango constitucional, se estaba empezando a blindar a la misma y a su función, de cualquier interferencia o intromisión del ejecutivo; así como de posibles modificaciones por el riguroso trámite legislativo a que están sometidos este tipo de modificaciones constitucionales.

Si bien a partir de este momento se elevó la Contraloría General de la República a rango constitucional, perdiendo el carácter de simple departamento técnico de auditoría contable, para asumir la función fiscalizadora del manejo del tesoro público, no fue concebida como un órgano autónomo, sino como una prolongación de la función originaria de la Cámara de Representantes de vigilar el gasto público. De allí la creación de la Comisión Legal de

Cuentas de la Cámara de Representantes, cuya función era precisamente aprobar la cuenta general del tesoro.

#### **8. La reforma a la Contraloría General de la República durante el Gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen.**

Con la llegada a la Presidencia de la República de Alfonso López Michelsen, se promovió desde el ejecutivo una nueva reforma al régimen de control fiscal y de la Contraloría General de la República, en búsqueda de la moralización de la administración pública, para lo cual se conformó una comisión bipartidista integrada por Hernando Durán Dusán, Cesar Castro Perdomo, Samuel Hoyos Arango, Álvaro Leal Morales, Gabriel Melo Guevara y Alfonso Palacio Rudas, los cuales presentaron el proyecto que llevaría a que el Congreso promulgara la ley 20 de 1975, y a que el gobierno expidiera los decretos 924 al 929 y 937 de 1976.

Como lo señala Rodrigo Naranjo Gálvez la reforma introducida en los años 1975 y 1976 fue la más importante y ambiciosa desde la Ley 42 de 1923, y dejó su huella en las instituciones de control fiscal, destacando entre sus facetas más importantes las siguientes:

*-Etapas de control (artículo 3):* Estableció tres etapas integradas de control: control previo, control perceptivo y control posterior, cuyo alcance fue definido en el Decreto-Ley 925 de 1976 (...)

*-Vigilancia fiscal sobre las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta asimiladas a ellas (artículos 5 y 20):* (...) se dispuso que sobre estas se tendrían sistemas adecuados de fiscalización que consultaran sistemas modernos del mismo tipo y el giro ordinario de sus

negocios. Sin embargo la ley establecía que a solicitud de la Junta Directiva de una empresa Industrial, el Contralor podía establecer en ella controles previos; misma potestad que podía ejercer cuando del examen posterior de cuentas aparecieran irregularidades frecuentes o repetidas.

*-Vigilancia fiscal sobre las sociedades de economía mixta (artículo 21):* la ley extendió el régimen de vigilancia de las empresas industriales y comerciales del Estado en las cuales el Estado tuviera 50% o más del capital. (...)

*-Vigilancia fiscal sobre establecimientos de crédito compañías de seguros y demás entidades financieras del Estado (artículo 22):* cuando este tipo de establecimientos estuviera sometido al control y vigilancia de la Superintendencia, la contraloría quedaba facultada para “establecer en ellos sistemas de fiscalización que consultaran las necesidades requeridas de acuerdo a su modalidad requieran para alcanzar sus fines sociales”.

*-Carrera administrativa (artículo 41):* se creó la carrera administrativa en la Contraloría General de la república de acuerdo con la ley 19 de 1958.

*-Comisión legal de Cuentas, Cuenta General del Presupuesto y el Tesoro y Auditor Interno para la Contraloría (artículos 50-56):* Con carácter permanente se creó la Comisión Legal de Cuentas de la Cámara de Representantes, cuya función primordial era examinar y proponer a consideración de la Cámara el fenómeno de la Cuenta General del Presupuesto y el Tesoro(que incluía no solo lo presupuestal, sino también el balance de

hacienda y lo relativo a deuda pública), que le presentara el Contralor General de la República. El plazo para la practica de este examen era de 18 meses, al cabo de los cuales se entendía aprobada (*fenecimiento ficto*) Se aprobó la propuesta de establecer la figura del Auditor Interno para la Contraloría, que sería elegido por la Comisión Legal de Cuentas. Posteriormente la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la norma respectiva.

*-Facultad del Contralor para constituirse en parte civil dentro de procesos penales (artículo 18):* todos los contralores estaban autorizados para constituirse en parte civil en procesos penales que se adelantaren por el delito genérico de peculado, cuando este afectaba los intereses de sus vigilados.

Dentro de las motivaciones conceptuales que sirvió de fundamento a la reforma del sistema de control fiscal de 1975, se tuvo en consideración la necesidad de hacer más eficaz el ejercicio del control fiscal, mediante sistemas modernos de control que contribuyera a una mayor eficiencia en las entidades del Estado. Se propuso de esta manera suprimir el control previo en las empresas Industriales y Comerciales del Estado y aun en otras entidades del Estado

#### **8.1. Características del control fiscal a partir de la reforma de 1976.**

Las mencionadas reformas llevaron a modificar sustancialmente el papel de la Contraloría como órgano de control, como lo señala el Profesor Jorge Enrique Ibáñez *“antes, el papel de la Contraloría se contraía únicamente a verificar si el ejercicio fiscal se ajustaba a las normas y requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y que aseguraran al Estado su conservación y adecuado rendimiento”,*

mientras que con la reforma y gracias al decreto 925 de 1976 se determinaron unos procedimientos generales de control fiscal y de auditoría, el alcance del control previo y la contabilidad general de la Nación, así como sobre las normas de estadística.

La Contraloría, a partir de este momento, quedó facultada para aplicar los sistemas de control en sus etapas integradas de control previo, control perceptivo y control posterior, ejerciendo vigilancia y control fiscal por mandato del artículo 2 de la ley 20 de 1975; sobre las entidades o personas naturales o jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que a cualquier título recibieran, manejaran o dispusieran de bienes o ingresos del Estado.

## **8.2. El Control fiscal a la contratación administrativa desde la perspectiva del Decreto Ley 222 de 1983.**

El Gobierno Nacional, el 2 de febrero del año de 1983 en uso de las facultades concedidas por la Ley 19 de 1982, profirió el Decreto 222 de 1983, mediante el cual se expidieron normas sobre los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictaron otras disposiciones. En materia de Control Fiscal, este decreto en su Título XIII, artículo 298, estableció cómo debía ser la intervención de la Contraloría General de la República en los contratos administrativos y de derecho privado de la administración, imponiendo que dicha vigilancia solo podía circunscribirse al ejercicio de un control posterior, consistente en la revisión de los 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.

Así mismo, la reforma definió el control posterior, como 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 General de la República, no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación como son la elaboración de pliegos de condiciones,

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

Así como señala Diego Younes *“la importancia del Control Fiscal a la contratación administrativa (hoy estatal) radica en que empezó el proceso de crisis del control previo en manos de la Contraloría e inició el proceso de robustecimiento del control posterior”*

Se puede concluir de esta manera, que la importancia de este decreto radica en que este sirvió de antecedente para el moderno concepto de Control Fiscal, que más adelante sería desarrollado por la Constitución de 1991 al abolir el control previo y perceptivo, con el fin de evitar la coadministración por parte del ente de control, dejando en manos de la misma administración la realización del control previo y perceptivo, desarrollando en su lugar un control posterior más eficiente sobre las decisiones de la administración basándose en auditorías de tipo financiero, operativo, integral y de gestión.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA Y ASAMBLEA NACIONAL**

#### **CONSTITUYENTE DE 1991.**

Con los profundos cambios que se introdujeron a la forma como se ejercía el control fiscal en Colombia, especialmente en los métodos y los sistemas de vigilancia, es interesante ver y analizar como fue el proceso de construcción y elaboración del actual fundamento constitucional del sistema de control fiscal colombiano, partiendo desde el proyecto presentado por el Gobierno Nacional, revisando las objeciones presentadas por la

Contraloría General de la República, los proyectos presentados por los constituyentes y algunas posiciones doctrinales al respecto.

## **1. La propuesta de reforma constitucional presentada por el Gobierno Nacional a la Asamblea Constitucional de 1991 en materia de control fiscal.**

El Gobierno del Presidente Gaviria, a través de su Ministro de Gobierno Humberto De la Calle Lombana, presentó la siguiente propuesta:

### **1.1 Naturaleza y ejercicio del control fiscal.**

*"La vigilancia de la gestión fiscal y de resultados de la administración corresponde a la Contraloría General de la República, será siempre posterior, se ejercerá conforme a la ley y podrá extenderse a todos aquellos que manejen o inviertan recursos públicos pero solo en lo concerniente a los mismos.*

*Este control no se ejercerá sobre el Banco de la república*

*La Contraloría no desempeña funciones administrativas distintas a las inherentes de su propia organización.*

*El Control Fiscal también puede ser ejercido por las Cámaras Legislativas*

*En las entidades territoriales el control corresponderá a los organismos que señale la ley, la cual podrán establecer normas generales para su ejercicio.*

### **1.2. Elección del Contralor General de la República. Calidades**

*El Contralor General de la República será elegido por el Congreso para periodos de seis años, de terna que se integrará por un candidato de la Corte Constitucional, uno del Consejo de Estado y uno del Presidente de la República. No será reelegible para el periodo siguiente.*

*La ley determinará las calidades para ser Contralor.*

*Quien haya ejercido el cargo de contralor General de la República no podrá aspirar a cargos de elección popular sino después de cuatro (4) años, contados a partir de la fecha de desvinculación.*

### **1.3. El Contralor General de la República Atribuciones**

*Prescribir la manera como rendirán las cuentas los responsables del anejo de fondos o bienes nacionales;*

*Exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados públicos y demás personas o entidades, públicas o privadas que administren recursos públicos nacionales;*

*Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario;*

*Proveer los empleos de su dependencia creados por ley;*

*Las demás que señale la ley*

### **1.4. La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República.**

*La ley establecerá la forma de ejercer la vigilancia sobre los organismos y las entidades titulares del control fiscal.*



## **1.5 La contabilidad de los bienes y fondos públicos.**

*La contabilidad de la nación será llevada de conformidad con lo que establece la ley.*

## **2. Observaciones y objeciones presentadas por la Contraloría General de la República al proyecto del Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo.**

Con relación al mencionado proyecto, el ente de control realizó un análisis del mismo y presentó objeciones al proyecto a través del Contralor de la época Manuel Francisco Becerra Barney, en los siguientes términos:

*“Es indudable que el sistema de control previo actualmente existente ha demostrado ser absolutamente ineficaz a la hora de preservar el patrimonio público y, por el contrario, se ha convertido en nocivo sistema de coadministración al que puede atribuirse buena parte de responsabilidad en la extendida corrupción que hoy azota al Estado colombiano; por ello no podemos mas que aplaudir el texto gubernamental por haber contemplado expresamente que el control a cargo de la Contraloría General de la República se realizará en su totalidad de manera posterior a las actuaciones de la administración.*

*El control posterior posibilitaría que la Contraloría actuase como un verdadero auditor y evaluase con independencia los resultados de la gestión adelantada por los administradores públicos, encargando a estos administradores la realización del control interno, que es ante todo un a parte del proceso gerencias y no la labor de un auditor.*

*Coincidimos plenamente con la propuesta gubernamental en cuanto atañe a la extensión de*

*la vigilancia ejercida por la Contraloría General de la República a... todos aquellos que manejen o inviertan recursos públicos, pero solo en lo atinente a los mismos; así como en lo relativo al periodo del Contralor, la prohibición de su reelección y las inhabilidades contempladas para quienes ejerzan ese cargo, aunque en ese último aspecto consideramos que la Constitución debe permitir expresamente a ese funcionario el desempeño de cargos diplomáticos o de enseñanza en instituciones de educación superior.*

*La extensión del periodo evitaría coincidencia con el del presidente de la República, y el establecimiento de un severo régimen de inhabilidades, garantizaría a la sociedad que el Contralor General de la República ejerciera sus funciones con total independencia, sin emplear esa posición para obtener beneficios políticos o de cualquier otra clase.*

*Es igualmente razonable deferir a la ley el señalamiento de las condiciones para ser designado Contralor General de la República, dado que no parece ser materia constitucional un aspecto de esa naturaleza.*

*En ese punto también coincidimos con la propuesta del gobierno, aunque tal vez habrá que aclarar que las inhabilidades deberán existir solo para quienes haya desempeñado el cargo de Contralor General en propiedad.*

*Creemos, empero, que la propuesta presenta serias deficiencias y vacíos, que llevarían a una nueva frustración ante la imposibilidad de ofrecer al país, tal y como este desea, un organismo superior de control que vele eficientemente por el control, ofrezca información fiable a los ciudadanos, el Estado y los organismos internacionales, y garantice a todos que los distintos dineros y bienes públicos se están utilizando en orden a alcanzar los objetivos que justifican la existencia del Estado, de manera eficiente y económica.*

*Para lograr este propósito que estamos anhelando es necesario que la honorable Asamblea Constituyente contemple entre otros los siguientes aspectos omitidos en la propuesta gubernamental:*

*La Contraloría General, o el organismo que se create, deberá contar con la facultad de imponer sanciones a todos aquellos que infringieran las normas en materia de manejo de los bienes y fondos públicos, o que con sus actuaciones causaren perjuicio al patrimonio estatal. Solo atribuyendo tal facultad al organismo superior de control fiscal estará la sociedad en capacidad de frenar los abusos que hoy se cometen.*

*La Contraloría deberá señalar las normas de contabilidad y control interno de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración nacional como las entidades territoriales y los organismos descentralizados de una y otras.*

*Esa facultad es esencial para permitir no solo la consolidación de los resultados a nivel nacional, sino además porque a través de ese mecanismo se logrará la existencia de una política uniforme de control en todo el país y se evitará la actual duplicación de funciones, que en algunos casos lleva al absurdo de contar con tres organismos diferentes ejerciendo su labor de vigilancia sobre una misma entidad.*

*La fijación de esas normas generales en materia de contabilidad, control interno no se opone sino que preserva la autonomía de las entidades territoriales, y ayuda a conciliarla con los intereses superiores del Estado y la sociedad. La cada vez mayor importancia presupuestal y financiera de las entidades territoriales obliga a establecer sistemas uniformes de vigilancia y evaluación que permitan la conducción de la organización estatal.*

*Las razones expuestas, así como la necesidad práctica de contar con un organismo que suministre al país y a los organismos internacionales una información actualizada y fiable sobre nuestro nivel de endeudamiento, hacen necesario que el organismo superior de control fiscal asuma el registro de la deuda pública, tanto de la administración central como de las entidades territoriales.*

*Y es que si bien la decisión adoptada por un organismo gubernamental, de contraer una obligación es una decisión gerencial, ella afecta inmediatamente a todos los ciudadanos, y con frecuencia por más de una generación, lo no implica (no podría hacerlo) atribuir al organismo de control fiscal la potestad de intervenir en proceso de contratación del empréstito.*

*Existe un aspecto adicional omitido en la propuesta gubernamental y relacionado con un tema que no deberá ser extraño a ningún habitante de nuestro planeta: la preservación de los recursos naturales ante la casi incontenible arremetida del hombre.*

*No obstante existir organismos gubernamentales especializados en la preservación de los recursos y la racional utilización de los mismos, es claro que ese patrimonio, despilfarrando hasta irresponsablemente debido a la errada creencia que el mismo constituía una veta inagotable, debe ser custodiado en forma tal que la sociedad pueda conocer oportunamente la forma en que se está disponiendo de él. El organismo superior de control fiscal, como guardián del patrimonio de la sociedad, deberá acometer la tarea del examen de recursos, así como la manera en que se preserva el medio ambiente, que es en últimas una de las más preciadas posesiones de todo conglomerado social.*

*Nuestras instituciones habrán de ser la respuesta a las necesidades colectivas sentidas, reales, y*

*es incuestionable que la preservación de nuestros recursos, su uso racional y el mantenimiento de un medio ambiente adecuado para el desarrollo integral de las generaciones venideras, es una de esas necesidades cuya atención se torna inaplazable.*

*Existen adicionalmente algunos aspectos del proyecto gubernamental que debemos rechazar categóricamente, bien por implicar el establecimiento de prebendas inaceptables en un ordenamiento armónico como el que debe producir la Asamblea Constituyente, o por ser consecuencia del desconocimiento de ciertos aspectos fundamentales en materia de control fiscal por parte de quienes elaboraron la propuesta.*

*Tales puntos son:*

*Los numerales 1 y 4 del artículo 243 de la propuesta gubernamental son incongruentes y, antes que propiciar el orden y la eficacia necesarias en la vigilancia del patrimonio público introducen un germen de desorden y auspician la duplicidad funcional que tanto daño ha hecho a la función contralora.*

*Esos numerales son igualmente prueba de una errónea interpretación acerca del origen y objetivos del Congreso y la Contraloría, pues aquel es el representante primigenio del pueblo y, aunque en principio le corresponde la vigilancia de bienes y fondos públicos, delega tal función en un organismo que deriva directamente de él y que, no obstante su naturaleza técnica, que la nueva Constitución deberá consagrar expresamente, es también un organismo político en tanto que ejerce por derivación esa facultad Confesional. Nuestra propuesta busca corregir este error de formulación a través de una redacción coherente con el planteamiento aquí expuesto.*

*El numeral 2 del mismo artículo 243 de la propuesta gubernamental, que prohíbe realizar cualquier control por parte de la Contraloría General de la República sobre el Banco de la República, se constituye en una inexplicable afrenta al legítimo derecho que posee la sociedad de conocer la forma en que se maneja el Banco de Emisión, a través del cual se administran nuestras reservas internacionales y se materializa buena parte de las decisiones de política monetaria mediante las operaciones de mercado abierto.*

*No tiene justificación alguna que el gobierno planteé en su proyecto suprimir la Junta Monetaria, transfiriendo sus amplias funciones en materia de manejo económico, crediticio y financiero a la Junta del Banco de la República, para simultáneamente pretender a esa entidad en la penumbra insondable de la ausencia de control por parte de un organismo cuyo propósito esencial no es otro que velar a nombre de la sociedad por los intereses de esta.*

*Y tal exclusión, que parece obedecer mas que cualquier otra cosa a intereses de algunos asesores gubernamentales cercanos al Banco de la República se torna todavía mas injustificable al examinar el texto mismo de la reforma presentado por el gobierno, donde de manera por demás expresa se considera al Banco emisor como un organismo público, independientemente de la especial naturaleza que se le atribuye. Flaco favor hicieron pues los asesores al Banco de la República.*

*La verdadera democracia participativa que busca el país se opone de manera esencial a la existencia de un organismo que, no obstante su importancia e incidencia sobre la vida comunitaria, se encuentra colocado por fuera del alcance de los órganos que el pueblo mismo ha designado para que en su nombre, se cercioren de la forma en que se gestiona la organización estatal.*

*El artículo 247 de la propuesta gubernamental es inconveniente y no hace mas que prolongar la situación creada con la previsión supuestamente transitoria de la reforma constitucional de 1968 y que, en la práctica ha llevado a que no se cuente con un verdadero sistema contable e información oportuna y fiable.*

*El llevar la contabilidad es una función administrativa, que por ende corresponde a las entidades, y es su consolidación y auditaje lo que debe realizar el órgano superior de control fiscal, al cual corresponde igualmente señalar las normas generales en la materia.”*

Habiendo presentado el órgano de control fiscal las anteriores observaciones al proyecto elaborado por el Gobierno Nacional; la Contraloría General de la República radicó además una propuesta propia a consideración de los constituyentes, la cual fue el reflejo de las observaciones mencionadas anteriormente.

Al respecto señaló dicha propuesta, que la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de sus entidades descentralizadas, la evaluación de sus resultados en función de la eficacia, eficiencia y economía corresponderían al Congreso de la República, a través de la Contraloría General de la República, organismo técnico de la rama legislativa, dotado de personería jurídica, autonomía presupuestal y administrativa. Dicho control, al igual que en proyecto presentado por el gobierno se ejercería con posterioridad a las actuaciones de la administración.

El Contralor al igual que en el proyecto presentado por el Gobierno Nacional, sería elegido por un periodo de seis años, sin reelección, y con la inhabilidad posterior para ejercer cargos de elección popular y empleos de la administración pública dentro de los cuatro años siguientes a su desvinculación, excepto los cargos de servicio diplomático y la docencia en

instituciones de educación superior.

Frente a las funciones del Contralor, de acuerdo a lo expuesto en las observaciones al proyecto gubernamental, además de las contenidas en dicho proyecto, propuso atribuir al Contralor las siguientes facultades:

*Imponer sanciones mediante juicios fiscales por la omisión de normas que regulen el manejo de fondos públicos o por actuaciones que causen perjuicios patrimoniales al Estado.*

*Realizar el cobro coactivo de estas sanciones, llevar el registro de la deuda pública de la nación y de sus entidades descentralizadas.*

*Consolidar la contabilidad de la administración nacional y sus entidades descentralizadas, presentar un informe anual al Congreso de la República sobre el estado de las finanzas públicas la ejecución presupuestal y la política general de manejo de bienes y fondos públicos.*

*Establecer un registro de recursos naturales y el medio ambiente y presentar un informe anual al Congreso de la República en el que se detalle la forma en que ellos han sido aprovechados y preservados.*

*Solicitar la suspensión o la remoción de los funcionarios respecto de quienes existan pruebas de su participación en actos que perjudiquen los intereses del Estado.*

*Solicitar al Congreso la citación de empleados oficiales para que expliquen sus actuaciones con relación al manejo de bienes y fondos públicos.*

Finalmente consideró inaplazable la creación de una jurisdicción penal fiscal, que haga parte de la rama jurisdiccional del poder público y esté encargada de manera permanente y exclusiva de la investigación y juzgamiento de la totalidad de delitos que afectan al patrimonio público.



### **3. De la necesidad de reformar los órganos de control y vigilancia fiscal.**

En el Informe de Ponencia de Control Fiscal, presentado a la Asamblea Nacional Constituyente, frente al tema del uso de los bienes provenientes de los contribuyentes advirtió la necesidad de tener controles eficaces, en los siguientes términos:

*“la necesidad de tener controles eficaces que garanticen el buen uso de los dineros provenientes de los contribuyentes creó la expectativa de un acto reformativo de la Constitución encaminado a tener un organismo de control moderno, fuerte, independiente y libre de interferencias políticas.*

*El artículo 14 de los derechos del hombre, que es la génesis filosófica del control fiscal, dice que; el pueblo tiene derecho, por sí mismo o por sus representantes, de establecer las contribuciones y de seguir sus destinos”.*

*De allí se estableció el hilo jerárquico por el cual las contralorías dependen de la Cámara de Representantes, electa por el pueblo para hacer las leyes, entre ellas las de tributos y las de autorizaciones de gastos derivados de aquellos.”*

Por su parte, en las propuestas presentadas ante la comisión preparatoria indica el mencionado informe, que de las 49 presentadas sobre Control Fiscal, se registran en ellas grandes coincidencias frente a la necesidad de prevenir todo condicionamiento clientelista que pueda perturbar el eficaz ejercicio de las labores de control, así como la de fortalecer las atribuciones de los organismos correspondientes; mediante sistemas adicionales a la

vigilancia de la legalidad de las operaciones fiscales, como lo sería la evaluación de la eficiencia y economía de las mismas; y que uno de los aspectos que logró suscitar mayor consenso entre los proponentes lo fue el relativo a la institucionalización de la participación ciudadana en el ejercicio del control.

Igualmente, con relación a las propuestas presentadas ante las Mesas de Trabajo que se organizaron en todo el país, señala el informe de ponencia, que estas advierten una preocupación generalizada porque haya mecanismos de control adecuados y, por sobre todo, eficaces que aseguren la preservación y correcto manejo de los recursos públicos a fin de que puedan cumplir la finalidad que le es esencial.

Para la elaboración del proyecto articulado la Asamblea Constituyente tuvo como fundamento los siguientes principios básicos:

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

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

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

*El Contralor es elegido por el Congreso en pleno de ternas presentadas por un organismo ajeno a la actividad política, como es el caso del*

*Consejo de Estado, máximo tribunal de lo contencioso administrativo.*

*El proyecto ha tenido como premisa fundamental la despolitización y desclientelización de la Contraloría tan señalada por la opinión pública, propósito este que está en concordancia con la función eminentemente técnica y profesional de la Contraloría.*

*Se ha preferido el control unipersonal y no el colegiado principalmente por las razones expresadas en los dos puntos anteriores que podrían implicar interferencias políticas y consecuente clientelización al integrar el organismo colegiado por cociente de votación.*

*Se prohíbe la reelección para dos periodos continuos y se le inhabilita al Contralor para ocupar cargos de elección o administración en el gobierno durante un periodo de un año, después de dejar el cargo.*

*Se reafirma que su función es eminentemente técnica y profesional. Se establece periodo de los contralores simultáneo con los del Presidente de la república o con los gobernadores y alcaldes según el caso.*

*Se establece que el Control Interno deberá ser ejercido por los mismos organismos del Estado.*

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

*con firmas particulares su control interno.*

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

*Los organismos de control no son responsables de los actos realizados por los administradores del Estado y solo en sus dictámenes posteriores a la realización de ellos podrá ejercer funciones o efectuar recomendaciones de carácter administrativo, que son propios de los mismos organismos sujetos a control.*

*Se establece para los organismos de control las facultades de jurisdicción coactiva y así mismo se crea la una jurisdicción penal especializada en el conocimiento de los delitos contra el patrimonio del Estado.*

*Se elimina la existencia de Contralorías municipales en los municipios que no tengan un volumen de operaciones lo suficientemente importantes que amerite la existencia de ella.*

*Se ha tenido en cuenta la necesidad de armonizar las normas inherentes a la protección de los recursos naturales estableciéndoles el respectivo registro y control.*

*Se deja a la ley orgánica de la Contraloría la determinación de las funciones, modo de ejercerlas y organización requerida”*

#### **4. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y la función fiscalizadora.**

En el Informe de Ponencia sobre el parte orgánica de la Constitución, integrada por el título y capítulos que definen y desarrollan la Estructura del Estado, se dejó sentado que una característica esencial de la función fiscalizadora y de los órganos encargados de realizarla, es que dicha función tenga autonomía frente a las demás funciones, órganos y ramas del poder público; sin que ello implique que deje de colaborar armónicamente en la realización de los fines del Estado.

Señalando, que la función fiscalizadora es distinta de las demás funciones tradicionales del Estado, la cual debe interpretar fielmente a la sociedad, imponiendo por tal razón, que el Estado en ejercicio de tal función, actúe en nombre de la sociedad, proteja sus intereses y, que ejerza las actuaciones necesarias para tal fin; en resumidas cuentas, que salve y proteja el orden jurídico producto de la determinación democrática de la sociedad; lo que justifica que deba ser independiente; no como auxiliar de la rama jurisdiccional, ni como asesora y dependiente de la rama ejecutiva, ni como prolongación de la rama legislativa.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, luego de un complejo debate de exposición de propuestas, realizó cambios significativos relativos al Control Fiscal en nuestro país. En efecto, las propuestas realizadas apuntaron hacia la reforma estructural tanto del Control Fiscal como del órgano de control competente, adaptándolo a los nuevos cambios sociales, políticos y económicos del momento, catalogándolo como base fundamental para el desarrollo nacional mediante la implementación de un efectivo control al gasto, y logrando en consecuencia la preservación efectiva del patrimonio público. Con fundamento en la

promulgación de la nueva Carta, se han desarrollado nuevas legislaciones y reglamentaciones tendientes al fortalecimiento y armonización del ejercicio del control fiscal.

Sin embargo, hoy luego de la esperanzadora reforma introducida por el Constituyente de 1991, se hace necesario introducir grandes reformas al sistema de control fiscal en Colombia, tales como el origen del Contralor General de la República y de los contralores departamentales, distritales y municipales. El sistema de postulación ha fracasado, en cuanto la terna que se integra ante el Congreso de la República, por parte de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado; la terna para los contralores territoriales integradas por dos candidatos de los Tribunales Superiores de Distritos Judiciales y uno del Tribunal administrativo ante las Asambleas Departamentales y Concejos municipales o distritales respectivamente, no ha sido una herramienta eficaz para sustraer el contenido político de la elección como lo propusieron y aprobaron los constituyentes de 1991, ya que en ocasiones se oyen voces sobre el cabildeo de los candidatos ante las corporaciones que postulan, que le hacen daño al sistema de postulación, pues hay que evitar a toda costa que regrese en Colombia el clientelismo en las Contralorías, ya que el constituyente de 1991 quiso con ello evitar la injerencia clientelista en la designación de servidores públicos en los cargos de la Contralorías, cuyas recomendaciones provinieran de quienes participan en el procedimiento administrativo complejo de postulación a través de la integración de la terna, y de quienes eligen. Ello constituye falta disciplinaria para quienes postulan y eligen y causal de pérdida de investidura de quienes eligen. La experiencia no ha demostrado la eliminación del clientelismo aborrecido por los constituyentes de 1991, de tal manera que el sistema de elección y postulación de los contralores colapso y demanda a gritos una reforma que lo impida, quitándole la discrecionalidad a las tribunales y altas cortes en la integración de la

terna, y la discrecionalidad de las corporaciones públicas en la elección, un sistema equilibrado sería que siendo un cargo eminentemente técnico, el mecanismo para acceder a él debe ser mediante el público concurso de méritos.

De allí, que proponemos un nuevo sistema de control fiscal independiente, autónomo, pero su origen debe ser mediante concurso de méritos, es decir, la terna debe ser armada mediante reglas claras, previas, objetivas y donde se privilegie el conocimiento, la formación, la experiencia y el perfil del candidato, con funciones, competencias y atribuciones claramente definidas, donde quede proscrita la arbitrariedad, la discrecionalidad y la temeridad en la estructuración de los hallazgos. Lo mejor sería, la instauración de los Tribunales de cuentas, integrados a la rama jurisdiccional, donde se garantice la autonomía e independencia, el carácter técnico y posterior de que hoy gozan los jueces de los distintos niveles jerárquicos en Colombia.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL CONTROL Y VIGILANCIA A LA GESTIÓN PÚBLICA Y DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FISCAL.**

Desde el periodo de conformación y consolidación de la estructura pública del Estado colombiano, constantemente se han presentado falencias respecto al recaudo, administración, y destinación de los recursos de la administración pública. La ausencia de sistemas de Control eficaces que garanticen el adecuado manejo de los recursos que conforman el erario público, han limitado el crecimiento de nuestro país en términos de desarrollo económico, de infraestructura y tecnología.

Actualmente, el país vive momentos trascendentales en la construcción, sostenimiento y fortalecimiento de su economía, por lo que las entidades que conforman la Administración Pública deben garantizar la percepción y debida destinación de los recursos públicos como pilar fundamental para el desarrollo económico nacional.

Partiendo de esta premisa se hizo necesaria la implementación de sistemas de control y vigilancia eficaces y de calidad, que garantizarán el adecuado manejo de los bienes y recursos del Estado. Así pues, se debe propender por el fortalecimiento de las competencias institucionales, con el fin de garantizar el debido manejo y administración de los recursos mediante la vigilancia y control del gasto, estableciendo un control fiscal como una *“actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general...”*.

Es evidente que los recursos públicos no suplen totalmente las necesidades sociales, teniendo en cuenta por un lado la escasez de ingresos que persigue el Estado, y por el otro la baja inversión pública. En consecuencia no hay un estímulo efectivo para el desarrollo económico, generando desprestigio institucional en las entidades públicas y una notoria disminución de la inversión nacional extranjera.

De esta manera, como bien lo ha expresado la Corte Constitucional, *“de conformidad con el artículo 117 de la Carta Política, la Contraloría General de la República es uno de los órganos de control de la Nación. En el marco de un Estado de derecho, como es el caso colombiano, resulta impensable imaginar una actividad legalmente regulada que no se encuentre sometida a un control específico. Pues bien, el control específico conferido a la Contraloría General por el Estado colombiano, tal como lo establece el artículo 119 del Estatuto Superior, es el de los resultados de la Administración y la vigilancia de la gestión*



*fiscal.*

*El control de los resultados de la Administración y la vigilancia de la gestión fiscal se traducen en la verificación del manejo correcto del patrimonio estatal. El término latino fiscos, del cual proviene el actual vocablo fiscal, quiere significar erario o tesoro público, e indica que la vigilancia de la gestión fiscal involucra las actividades en las que se encuentran presentes los recursos de la Nación. De manera similar, el hecho de que el control fiscal en Colombia se confiera a una entidad que cuida de la res-pública, es decir, de la cosa pública, denota que el fin primordial del mismo es el de preservar la conservación y buen manejo de los bienes que pertenecen a todos”.*

Por su parte, el sistema de control evita en cierta forma que los gobernantes de una Nación cometan abusos y actúen por fuera de los parámetros legales previamente establecidos. De esta manera y luego de arduas labores de exposición y controversia política, el precepto constitucional referente al control fiscal ha quedado de la siguiente manera: Art. 267.- *“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado”.*

El anterior precepto constitucional, eliminó la modalidad de control previo y perceptivo que se venía manejando por considerarlo ineficaz e insuficiente para preservar el patrimonio público, imponiendo un modelo de control posterior y selectivo que en términos generales, no solo consiste en la facultad otorgada a los órganos de control de revisar contablemente las transacciones realizadas por la entidad objeto del control, sino

que también, lo facultó para evaluar la adecuada administración de recursos públicos de una Entidad pública sobre los principios de economía, eficiencia, eficacia, equidad y equilibrio presupuestal; generando de esta manera un cambio no solo político e institucional sino filosófico por parte de quienes administran recursos públicos.

Uno de los compromisos prioritarios del Constituyente de 1991, consistió en implementar, fortalecer y poner en marcha, un sistema de control y vigilancia fiscal eficaz y adecuada, que garantizaran el buen uso del patrimonio estatal en beneficio de la democracia y fortalecimiento institucional del país.

### **1. De la regulación constitucional del control y la vigilancia fiscal.**

La Constitución de 1991, establece un nuevo panorama político administrativo para el Estado colombiano, en donde se caracteriza el establecimiento de un Estado social de derecho, la democracia participativa, pluralista, los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, el establecimiento del principio de separación de poderes, el principio de la supremacía de la Constitución sobre las demás norma jurídicas, etc. que obliga a los servidores públicos en la interpretación y aplicación de normas jurídicas desde la perspectiva jurídico –normativa y política de la Constitución, convirtiéndose esta en un medio de control por los valores y principios que ella encierra.

Siendo así, tenemos que la Constitución Política en sí misma, es un medio de control sobre el ordenamiento jurídico, la cual a su vez consagra otro de los medios de control para los distintos poderes de la organización estatal en el marco de la nueva concepción del Estado prevista en la Constitución de 1991. Dentro de los controles consagrados por la Carta Política, tenemos el reconocimiento del control fiscal sobre los bienes y rentas de la Nación.

La Corte Constitucional sobre el reconocimiento constitucional del control fiscal ha expresado que:

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

En este orden de ideas, podemos decir que, a partir de la promulgación de la nueva Carta Política la estructura del Control Fiscal, ha quedado más completa y armonizada. Su objetivo principal consiste en controlar y vigilar la gestión fiscal de la administración y de aquellos particulares que manejan fondos y bienes públicos, así como establecer responsabilidades y resarcir los daños generados con ocasión de las actuaciones constitutivas de daño patrimonial al Estado.

El límite al ejercicio del poder, es por tanto un medio de control instituido como norma constitucional de rango superior, en donde la responsabilidad se establece como un principio fundamental que en esencia se constituye en un principio que rige la conformación misma del Estado; de tal manera, que el principio de responsabilidad se integra a la función de control como límite al ejercicio del poder.

El poder del Estado en la Constitución de 1991, es ejercido a través de las distintas ramas u órganos, pero que en esa nueva concepción, *“Los diferentes órganos del Estado tienen funciones*

*separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*”. No obstante, frente a esta división tripartita clásica del poder público, la Constitución Política reconoce la existencia de otros “*órganos autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado*”. Que para nuestro caso, el ejercicio de la función pública del control fiscal a la luz del ordenamiento constitucional, ha sido confiado a la Contraloría General de la República (arts. 119 y 267) y, en los departamentos, distritos y municipios les corresponde a las contralorías territoriales, el ejercicio de la función fiscalizadora en forma posterior y selectiva (art. 272).

De esta manera, como bien lo anota la Corte Constitucional, “*el control fiscal es ejercido en los distintos niveles administrativos, a saber, en el sector central y en el descentralizado territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejen fondos o bienes de la Nación. En nuestro sistema constitucional el ejercicio de esta función pública de control obedece a un esquema orgánico y funcional propio, dado que los organismos de control se encuentran dotados de autonomía e independencia, atributos estos que son esenciales al control fiscal ya que sin ellos su ejercicio se hace débil y sobre todo vulnerable; por esto, la Constitución diseñó la Contraloría General de la República como una entidad de carácter técnico dotada de autonomía administrativa y presupuestal, sin funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización*”.

## **2. Del Principio de Legalidad del control y la vigilancia fiscal.**

Desde la nueva noción, perspectiva y concepción del Estado colombiano, como un Estado Social de Derecho, democrático y participativo, la gestión pública debe estar orientada a la consecución de los fines esenciales del Estado y por supuesto, el control fiscal, como gestión pública, debe enmarcarse dentro de estos postulados; al respecto, la Corte

Constitucional, sentencia C-167 de abril 20 de 1995, Magistrado Ponente, Fabio Morón Díaz, recuerda que la Constitución Política en los artículos 267 y siguiente *“los contenidos básicos del Control Fiscal, calificándolo como una Función Pública encomendada a la Contraloría General de la República y a las Contralorías Territoriales, en aras de vigilar la Gestión Fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado”*. De esta manera, al ser el control fiscal una forma de gestión pública, *“El principio de legalidad constituye entonces el límite impuesto por la Constitución Política a la actividad de la Administración en la medida que ésta sólo puede hacer lo que le permite la ley”*. Es decir, las contralorías en ejercicio de su función fiscalizadora también se encuentran sometidos a los principios orientadores del estado social de derecho y entre ellos el principio de legalidad, como lo anotó la Corte Constitucional, así:

*“La legitimidad de la gestión fiscal de la administración se sustenta por lo expuesto en el principio de legalidad -trasunto de la soberanía popular-, al cual se adiciona en el momento presente, la eficacia, eficiencia y economía. El interés general que en todo momento debe perseguir la administración hasta el punto que su objeto y justificación estriban en su satisfacción y sólo se logra realizar si la administración administra los recursos del erario ciñéndose al principio de legalidad y a los más exigentes criterios de eficacia, eficiencia y economía. Igualmente el artículo 267 constitucional posibilita la reorientación del control fiscal, que además de la protección del patrimonio público, procura la exactitud de las operaciones y de su legalidad y se deberá ocupar del control de resultados que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2º de la C.N”*.

Actualmente, el desarrollo legal del control fiscal lo encontramos en la Ley 42 de 1993 y las Ley 610 de año 2000 y la Ley 1474 de 2011; pero además de estas disposiciones, encontramos que también los procedimientos para el ejercicio del control fiscal pueden

estar contenidos en los reglamentos que expida la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, con base en las facultades otorgadas por la ley. De esta manera analizaremos cada una de estas disposiciones como partes del principio de legalidad del control fiscal.

## **2.1. Ley 42 de 1993, sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y de los organismos que lo ejercen.**

Como consecuencia de la expedición de la nueva Carta fundamental, fue expedida por el Congreso de la República la Ley 42 del 26 de enero de 1993, *“sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”*, que *“comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero; de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos jurídicos aplicables”*. No obstante, esta norma se encuentra modificada parcialmente por el Decreto Ley 272 del 22 de febrero de 2000, *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*; y por el Decreto Ley 267 del 22 de febrero de 2000 *“Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”*; como también la Ley 610 del 15 de agosto del 2000, *“por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*.

Dentro de la exposición de motivos para la expedición de estas normas, se destaca la preocupación por *“Las deficiencias que en su ejercicio presentaba la práctica tradicional del control fiscal, reflejadas en el hecho de que este control era insuficiente para garantizar la adecuada protección de los bienes del Estado, fue mostrando la necesidad de introducir reformas sustanciales al régimen de la vigilancia fiscal en nuestro país. Fue por esta razón que en las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, al*

*tema del control fiscal se le otorgó gran relevancia, hasta culminar con la definición de un novedoso y coherente enfoque en el campo de la vigilancia de los recursos públicos, plasmado en la Carta Política de 1991”.*

*Así mismo, se señala que “hasta el momento, la Contraloría General de la República sólo podía confrontar de manera mecánica los gastos realizados por las entidades con lo presupuestado, limitando la función de vigilancia a una inspección numérico-legal, la cual resultaba insuficiente para realizar una gestión fiscal de alto nivel, pues no permitía evaluar la calidad con que se hace uso de los recursos públicos. En la nueva concepción del control fiscal, el examen contable y jurídico se ve enriquecido con la dimensión económica, la cual permitiría analizar el impacto que las acciones de la Administración Pública tienen sobre el conjunto de la economía e identificar su eficacia con relación a los propósitos contemplados por la Constitución y la ley, para que éstos sean cumplidos plenamente por los encargados de apropiar y distribuir la riqueza nacional”.*

## **2.2. Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías.**

La regulación principal del proceso de responsabilidad fiscal estaba a cargo de la ley 42 de 1993, sin embargo con el fin de establecer preceptos legales mucho más claros y de consistente aplicación, se expidió la ley 610 de 2000, como un ordenamiento jurídico de control fiscal, que regula especialmente y de manera más garantista el proceso administrativo tendiente a declarar la responsabilidad fiscal de los gestores fiscales y lograr el resarcimiento del daño patrimonial sufrido por el Estado. Como premisa de lo que es el proceso de responsabilidad fiscal, encontramos pertinente referirnos de manera preliminar al contexto general de la Ley 610 de 2000 *“por la cual se establece el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, en orden a establecer sus características, como componente del principio de legalidad del control fiscal, que abarca por supuesto el proceso de responsabilidad fiscal; así*

como también es imprescindible

Sobre estas particularices, la Corte Constitucional en Sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, fundado en la exposición de motivos de esta ley expone que *“la Ley 610 tuvo origen en un proyecto de iniciativa parlamentaria que tenía como propósito precisar el alcance y las reglas de procedimiento aplicables al proceso de responsabilidad fiscal, de conformidad con la jurisprudencia sobre la materia.*

*En la ley se incluyeron capítulos relativos a aspectos generales del proceso de responsabilidad fiscal, actuación procesal, pruebas, impedimentos y recusaciones, nulidades, trámite del proceso, consecuencias de la declaratoria de responsabilidad fiscal y un acápite de disposiciones finales, que incluye la norma sobre derogatorias expresas.*

*En el acápite de aspectos generales, la ley, además de definir el proceso de responsabilidad fiscal (art. 1), señalar los principios orientadores de la actividad fiscal (art. 2) y definir lo que se entiende por gestión fiscal (art. 3), puntualiza, por una parte, que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal (art. 4) y, por otra, que son elementos de la responsabilidad fiscal, una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal; un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores (art. 5)”.*

De esta forma, y siguiendo los lineamiento expresados, el proceso de responsabilidad fiscal se adelanta con la ocurrencia necesaria de dos momentos. El primero consiste en el inicio de las evaluaciones que en el ejercicio de sus funciones, adelantan las Contralorías a través de las auditorías fiscales que realizan a la gestión de los entes públicos-sujetos de la competencia para el ejercicio del control fiscal-,realizando observaciones, conclusiones y



haciendo las recomendaciones que haya lugar. En consecuencia, si con ocasión de dicha evaluación y vigilancia surge algún hecho, acción u omisión, constitutiva de daño patrimonial al Estado, se inicia el segundo momento en el cual se da inicio al trámite del proceso de responsabilidad fiscal.

En palabras de la Corte Constitucional, *“el proceso de responsabilidad fiscal está encaminado a obtener una declaración jurídica en el sentido de que un determinado servidor público, o particular que tenga a su cargo fondos o bienes del Estado, debe asumir las consecuencias derivadas de las actuaciones irregulares en que haya podido incurrir, de manera dolosa o culposa, en la administración de los dineros públicos”*.

A su vez el artículo 4° de la norma en comento, dispone que *“la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de la responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal”*.

### **2.3. Reglamentos autónomos expedidos por el Contralor General de la República y los contralores territoriales.**

La Constitución Nacional le atribuye funciones, potestades y competencias al Contralor General de la República en su artículo 268; dentro de las cuales destaca aquella cuyo objetivo es direccionar los procedimientos técnicos en los sistemas de control de todas las entidades sujetas de control fiscal. Esta potestad reglamentaria, establecida constitucionalmente es entendida como la capacidad especial de producción de preceptos

normativos desde la óptica de la regulación de actividades de rendición de cuentas y la administración de recursos del Estado.

Esta potestad reglamentaria de los Contralores, se encuentra consagrado en el artículo 268, constitucional, que dispone: *El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:* Numerales 1° *Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse,* y numeral 12. *Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial;* El artículo 272 inciso 6°, por su parte señala: . *Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.*

Entonces, de las atribuciones señaladas para el Contralor en los numerales 1° y 12 del artículo 268 constitucional, se desprende la facultad reglamentaria, y bajo ese entendido, tenemos que conforme al numeral primero, el método y las formas de rendición de cuentas de sujetos de control fiscal le corresponde fijarlo a todos los Contralores para la respectiva Contraloría General, distrital, departamental o municipal. Como bien lo anota la Corte constitucional “*En resumen, como con arreglo a los citados artículos de la Constitución, el método y la forma de rendir cuentas son cuestiones del resorte de las contralorías, y el legislador extraordinario -y aun el ordinario- no puede inmiscuirse en ellas*”. Esto obedece a la teoría de la separación de poderes y al principio democrático, que indica que no puede el Gobierno mediante decreto prescribir los métodos de rendición de cuentas y demás procedimientos del control fiscal, porque se deteriora el sistema de pesos y contra pesos, así como se rompe con el principio de autonomía de las ramas y órganos del Estado, pues el vigilado no podría fijar las normas y procedimiento al órganos para que le realice la vigilancia fiscal a su gestión.

Con fundamento en esta potestad, corresponde a los Contralores reglamentar, acorde con los principios constitucionales y legales los métodos, procedimientos, plazos y demás aspectos relacionados con la vigilancia de la gestión fiscal en las entidades públicas o privadas que manejen fondos públicos.

### **3. De la noción de control y vigilancia fiscal a partir de la Constitución Política de 1991.**

A partir de la reforma realizada por el constituyente del 1991, al Sistema de Control Fiscal, se puede hablar de un control más eficaz y eficiente acorde con las necesidades fiscales de la Nación. Se eliminó el control numérico legal y se dio paso al posterior y selectivo (Art.267 C.P.), fundamentado en la eficiencia, la economía, la eficacia, y la valoración de los costos ambientales.

Se concibió la Contraloría General de la República y las Contralorías Territoriales como una entidad técnica con autonomía presupuestal y administrativa”. *“En la Constitución Política de 1991 se reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares”.*

*“El control fiscal bajo la Constitución que hoy rige, es integral puesto que cubre desde el mismo momento en que la entidad recibe los recursos que le han sido asignados, incluyendo el proceso de su*

*manejo o utilización, hasta la evaluación de los resultados obtenidos con su inversión”.*

*“El control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que la gestión fiscal hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición. A su turno, según la Corte, la vigilancia de esta gestión se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”.*

#### **4. Características constitucionales y legales del control y la vigilancia fiscal en Colombia.**

Como se ha mencionado con anterioridad, antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991, regía el sistema de controles previo, posterior y perceptivos. Sin embargo con el paso del tiempo, el modelo fue pareciendo cada vez mas ineficiente tornándose lesivo a la autonomía e independencia de aquellos servidores públicos que manejaran y administraran bienes y recursos públicos, así como su respectivo recaudo.

De otra parte, el control fiscal de la Constitución de 1886, en el sistema previo y perceptivo, se concentraba principalmente en el control numérico legal, fundamentándose básicamente en evaluar los procedimientos y requisitos de las actuaciones de los sujetos de control fiscal, situación que permitía que el órgano de control entrara a confundir su misión

de control con la de coadministrador de los recursos ejecutados por la entidad pública sujeto de control fiscal.

#### **4.1. El Sistema de control fiscal posterior.**

La Carta Política de 1991 suprimió el control previo y selectivo por considerarlo ineficaz e insuficiente para la preservación del patrimonio estatal. De modo que con el nuevo enfoque constitucional del control fiscal, no se sigue direccionando exclusivamente sobre el criterio jurídico – contable que lo rigió durante tanto tiempo, sino que siguiendo los lineamientos constitucionales y legales de la gestión fiscal, los servidores públicos que tengan facultades decisorias sobre el patrimonio estatal, deberán, no solamente velar por la debida administración, manejo y protección de los bienes estatales, sino también propender por su fortalecimiento determinado mediante la evaluación de gestión y de resultados.

De esta manera estableció el artículo 267 constitucional, que el control fiscal es una función pública en cabeza de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales y se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Así las cosas, el nuevo enfoque constitucional ha dotado al ordenador del gasto de autonomía e independencia sobre las decisiones referentes al manejo de los recursos del Estado, asignándoles a su vez un conjunto de responsabilidades que garantizan el adecuado y respetuoso manejo a las finanzas públicas.

En este orden de ideas, el artículo 5° de la Ley 42 de 1993, de conformidad con el artículo 267 Superior, **establece que el control fiscal posterior hace referencia a la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos.** Bajo los lineamientos de la norma en cita, decimos que el control fiscal se ejerce en forma posterior, **significando que, una vez**

sean llevadas a cabo y concluidas las actuaciones operacionales realizadas por los sujetos de control fiscal y todos aquellos que manejen y administren recursos del erario público, es cuando le corresponde al órgano de control fiscal evaluar las gestiones realizadas por los sujetos de control, con el fin de dotar de protección las finanzas publicas o proceder a adelantar los procesos fiscales con la finalidad de resarcir el daño causado al patrimonio público. Es decir, que el control posterior funciona básicamente como la comprobación jurídica, económica, y contable, fundamentada en los principios establecidos en la ley 42 de 1993, bajo criterios de racionalización del gasto publico controlando y vigilando que dicha actuación económica de la administración, este ceñida a la observancia de las normas, reglamentos y leyes establecidas. En caso de que dichas actuaciones no estén sujetas a los preceptos normativos establecidos previamente, habrá lugar a establecer responsabilidades. Así lo afirma la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

*“El ejercicio de este control posterior supone el control financiero, de legalidad, de gestión de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno como lo expresa el artículo 9o. de la ley mencionada. El control que ejerce la Contraloría es externo, viene de una entidad distinta, va encaminado a establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”.*

#### **4.2.- El Sistema de control fiscal selectivo.**

En la exposición de motivos de la Ley 42 de 1993, *“sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”*, quedó expresamente señalado el nuevo alcance y características del control fiscal a partir de la Constitución de 1991. En dicho documento se puede distinguir que el control fiscal será exclusivamente de carácter posterior y selectivo y

la Contraloría General de la República realizará funciones de control de gestión y de resultados. Con este paso se deja atrás las modalidades de control previo y perceptivo que se habían convertido, especialmente el control previo, en un nocivo sistema de coadministración, hasta el punto que cualquier decisión que se pensara tomar por parte de un ordenador del gasto, se condicionaba al visto bueno que pudiera dar el auditor correspondiente.

En relación al asunto la Corte Constitucional señaló que: *“En consecuencia, el control posterior y selectivo que se configura en este proyecto de ley se entiende como la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados por ellos obtenidos en un período determinado; y por selectividad, la elección de muestras representativas de recursos, cuentas, operaciones o actividades que nos permitan obtener conclusiones sobre el universo respectivo”*.

*“Por control selectivo se entiende la selección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal, lo que equivale a manifestar que no se ejercerá control posterior sobre todas las actuaciones de la administración sino que se hará sobre un muestreo que a la postre determinará el resultado de la evaluación fiscal correspondiente”*.

#### **4.3. El Sistema selección de las muestras representativas para la realización de las auditorías fiscales.**

EL carácter selectivo del control fiscal expresado en la Constitución y en la ley, implica a su vez que para la selección de las muestras sobre las cuales se ejercerá la auditoría fiscal, se debe utilizar un procedimiento técnico para la selección de esas muestras representativas

objeto del control fiscal, eliminando cualquier posibilidad que el control selectivo se vuelva subjetivo; es decir, que las muestras escogidas con base en control fiscal selectivo debe estar desprovisto del subjetivismo del funcionario auditor, al tiempo que lo dota de validez, eficacia, pues los resultados del control fiscal serán veraces en esa misma medida.

El artículo 5° de la Ley 42 de 1993 dispuso: *“La aplicación de un procedimiento técnico, significa que la Contraloría debe diseñar los mecanismos mediante los cuales ha de seleccionar las unidades muestrales o la utilización del denominado muestreo estadístico como alternativa de selección de las actuaciones, cuentas, procesos, documentos, etcétera, sobre las cuales recaerá la auditoría”*.

### **TÍTULO TERCERO**

#### **ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL EN COLOMBIA**

Dada la necesidad de establecer un sistema de control de la gestión fiscal del Estado, resulta pertinente crear y organizar los órganos autónomos que se encargaran de la vigilancia a la conducta de quienes tiene a su cargo los recursos públicos o en general realice una gestión de carácter fiscal para la Nación. Bajo esa preceptiva, la Constitución ha instituido unos órganos encargados de la vigilancia fiscal de las actuaciones de los servidores públicos y particulares que administren o manejen recursos públicos, de tal manera que la ejecución de los recursos públicos tanto los gastos como los ingresos se realicen de conformidad con los principios de economía, eficiencia, eficacia y de valoración de los costos ambientales.

De esta manera, el Estado con el propósito de cumplir la función de velar de manera permanente por la conducta de todos los servidores de la administración, debe dotarse de los mecanismos necesarios para investigar e imponer las sanciones que correspondan por las



actuaciones *“antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado”*.

Para cumplir con este propósito, a nivel constitucional existen órganos de control fiscal independientes a los tres tradicionales del poder público, con una organización especial. Estos órganos cumplen una función pública propia del Estado, y su beneficio va encaminado a la comunidad en general para dotarla de seguridad y certeza en los actos de la administración en todos sus órdenes, como es propio de un Estado de derecho que promulga un principio de legalidad en sus actuaciones, como lo señaló la Corte Constitucional:

*“Es indudable que la determinación de los grados de eficacia y economía que muestre la gestión de los responsables de manejar el erario, requiere de un control fiscal no menos capacitado y técnico, que asegure el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado.*

*La vigilancia de la gestión fiscal, según se desprende de las pertinentes normas constitucionales, impone la existencia de organismos autónomos en los campos administrativo, jurídico y presupuestal, aptos para controlar la actividad del Estado y de los particulares que manejen fondos o bienes públicos, así como para evaluar los resultados de la misma, con base en criterios de legalidad y eficiencia”*.

Esta vigilancia fiscal, según el mandato de la Constitución Nacional, fue atribuida a la Contraloría General de la República y a las contralorías departamentales, municipales y distritales. Al respecto la Corte Constitucional ha expresado:

*“La función pública del control fiscal, fue atribuida a la Contraloría General de la República (art. 267), y, en los departamentos, distritos y municipios se adelantará por sus contralorías, y en caso de que la ley no*

*determine autonomía del orden municipal en el control fiscal, la vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales (art. 272 C.N.). En el marco de la democracia participativa adoptada como elemento esencial de la República, se dispuso la intervención ciudadana mediante ley, que organizará las formas y los sistemas de participación, que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados (art. 270 C.N.)”.*

Desde la óptica constitucional, podemos afirmar que los encargados de efectuar la vigilancia fiscal a la gestión del Estado, son los órganos señalados en la misma Constitución; es decir, la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales, las Contralorías Municipales y las Contralorías Distritales. De esta manera, la Corte Constitucional en dos fallos de constitucionalidad en relación al artículo 4o. parcial de la Ley 42 de 1993, declaró inexecutable la competencia que otorgaba esta disposición a los auditores y auditorías para efectuar control fiscal (C-534 de 1993) y a las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales. (C-320 de 1994). Sobre el particular la Corte ha expresado:

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

## **CAPÍTULO PRIMERO**

## **DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO TITULAR DE LA ACCION FISCAL.**

Dentro de la estructura del Estado colombiano, la Contraloría General de la República se define como un órgano de control autónomo e independiente que colabora armónicamente para el cumplimiento de las funciones del Estado. Así mismo, tenemos que la Contraloría General es una entidad del orden nacional, con plena autonomía administrativa, presupuestal y técnica que le permiten cumplir su función de control sobre la gestión fiscal del Estado. Actúa bajo el amparo de la personería jurídica de la Nación, y presupuestalmente de conformidad con el artículo 352 constitucional, el decreto 111 de 1996-Estatuto Orgánico del Presupuesto-; la ley que aprueba el presupuesto para la vigencia fiscal de cada año, el decreto del Gobierno Nacional que liquida el presupuesto y el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, las Contralorías tienen capacidad y competencia para celebrar contratos estatales y demás instrumentos obligaciones que demande la ejecución de los mencionados presupuestos, actuando como Nación- Contraloría General de la República; y en relación a las contralorías territoriales, por ejemplo actúan como Departamento de Sucre-Contraloría Departamental; Distrito de Barranquilla-Contraloría Distrital, y Municipio de Sincelejo-Contraloría Municipal.

La Contraloría General de la República, es el máximo órgano de control fiscal del Estado, que de conformidad con el artículo 267 Superior, es un órgano de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, cuya misión es cumplir cabal y eficazmente las funciones asignadas por la Constitución y la ley en representación de la comunidad, contribuir a la generación de una cultura del control fiscal en beneficio del interés común y mantener un irrevocable compromiso de excelencia para tales propósitos, inspirada en principios morales y éticos. (Art. 2 D-L 267 de 2000).

Sus objetivos se encuentran determinados por el Decreto Ley 267 de 2000 *“Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”*, dirigidos a ejercer en representación de la comunidad, la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; evaluar los resultados obtenidos por las diferentes organizaciones y entidades del Estado en la correcta, eficiente, económica, eficaz y equitativa administración del patrimonio público, de los recursos naturales y del medio ambiente; generar una cultura del control del patrimonio del Estado y de la gestión pública; establecer las responsabilidades fiscales e imponer las sanciones pecuniarias que correspondan y las demás acciones derivadas del ejercicio de la vigilancia fiscal; procurar el resarcimiento del patrimonio público.

## **1. Potestades, atribuciones y funciones constitucionales y legales de la Contraloría General de la República.**

En el marco constitucional, las funciones de la Contraloría General de la República, la encontramos definida en los artículos 117, 119, 178 N° 2, 187, 267, 268 y 354; señalando que en principio la función de la Contraloría General de la República, sería la vigilancia de la gestión fiscal de las entidades públicas y de los particulares que administren o manejen bienes y/o fondos públicos, con fundamento en el control de resultados de la administración.

Además de estas funciones constitucionales, a la Contraloría General de la República se le asigna el cumplimiento de otras funciones de índole legal, que podemos encontrar en un

solo cuerpo normativo, como puede ser la ley 42 de 1993, la 610 de 2000, que le otorga la facultad de adelantar *procesos con el fin de determinar y establecer la responsabilidad fiscal 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*, conforme al Decreto – Ley 267 de 2000, por medio del cual se dictan normas para la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República.

Así mismo, el legislador ha expedido todo un conjunto normativo de regulación para que la Contraloría General de la República, cumpla y ejerza sus atribuciones, funciones, competencias y potestades constitucionales y legales, así:

- La Ley 617 de 2000, que le otorga facultad para certificar los ingresos corrientes de libre destinación de los entes territoriales.

- La Ley 715 de 2001, le otorga la facultad de vigilancia de los recursos provenientes del sistema General de Participaciones.

- La Ley 598 de 2000, Por la cual se crean el Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, quedando en manos de la Contraloría General de condición de operador del sistema.

- La Ley 906 de 2004, Código de procedimiento Penal, le otorga a la Contraloría General de la República funciones de Policía Judicial de manera especial dentro de sus competencias.

De esta manera tenemos que según el Decreto – Ley 267 de 2000, “*Por el cual se dictan normas*

*sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones.”*, la Contraloría General tiene a su cargo las siguientes funciones:

*Artículo 5. Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República:*

- 1. Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal del Estado a través, entre otros, de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.*
- 2. Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal conforme a los sistemas de control, procedimientos y principios que establezcan la ley y el Contralor General de la República mediante resolución.*
- 3. Ejercer el control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial en los casos previstos por la ley.*
- 4. Ejercer funciones administrativas y financieras propias de la entidad para el cabal cumplimiento y desarrollo de las actividades de la gestión del control fiscal.*
- 5. Desarrollar actividades educativas formales y no formales en las materias de las cuales conoce la Contraloría General, que permitan la profesionalización individual y la capacitación integral y específica de su talento humano, de los órganos de control fiscal territorial y de los entes ajenos a la entidad, siempre que ello esté orientado a lograr la mejor comprensión de la misión y objetivos de la Contraloría General de la República y a facilitar su tarea.*

*6. Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales de conformidad con las disposiciones legales.*

*7. Advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados.*

*8. Prestar su concurso y apoyo al ejercicio de las funciones constitucionales que debe ejercer el Contralor General de la República en los términos dispuestos en este decreto.*

*9. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control interno en los términos previstos en la Constitución Política y la ley.*

**2. La Contraloría General de la República como órgano autónomo e independiente titular de la potestad del control y la vigilancia fiscal y de la acción fiscal para el proceso de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva.**

En el marco de un Estado social, democrático y participativo de derecho, la autonomía e independencia de sus instituciones resulta ser un pilar fundamental para su funcionamiento , y que en gran medida le permite garantizar el cumplimiento de sus fines trazados desde la Constitución Política, vigilando de manera permanente el ejercicio de las funciones públicas atribuidas.

De esta manera la Constitución Política, al referirse a los órganos que integran el poder público en Colombia, establece que: *“Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”*.

Es así como, para el caso de la Contraloría General de la República, la define como una entidad de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal. *“La palabra autonomía es típica del lenguaje jurídico-administrativo. Significa, de manera elemental, obrar por su propia cuenta y mediante sus propias autoridades. Todo esto dice relación a la independencia en particular del gobierno nacional”*.

Sobre la autonomía de los órganos de control fiscal, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, señalando lo siguiente:

*“La autonomía e independencia de los órganos de control respecto de los demás órganos del Estado, particularmente de los titulares de las distintas ramas del Poder público, es una de las condiciones esenciales para la garantía de la prevalencia de un verdadero Estado Social de Derecho y es, así mismo, nota característica de la estructura funcional de tal Estado. Así lo entendió el Constituyente de 1991, al determinar en el artículo 113 de la Carta Política, que además de los órganos que integran las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, "existen otros autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado". Agrega la misma norma que "los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines". Se mantiene pues así el principio de la colaboración armónica que venía siendo consagrado para las ramas del Poder desde la Constitución anterior (Art. 55), conforme a lo establecido en la Reforma constitucional de*



*1945 (Art. 6 del Acto Legislativo No. 1 de 1945). En este aspecto, la modificación introducida en la Constitución de 1991 consiste en que la colaboración armónica se predica no ya de las ramas del poder público, sino de los "diferentes órganos del Estado", incluidos los "autónomos e independientes" de que habla el inciso segundo del artículo 113.*

*Dentro del Capítulo 1 ("De la estructura del Estado") del Título V ("De la organización del Estado") de la Constitución, aparecen específicamente señalados como órganos autónomos e independientes los de control, a saber el Ministerio Público y la Contraloría General de la República (Art. 117). Respecto del Ministerio Público, el artículo 118 dispone que "será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los Procuradores Delegados y los Agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales, por los Personeros Municipales y por los demás funcionarios que determine la ley".*

Con el propósito de desarrollar los principios constitucionales que establecen la autonomía de la Contraloría General de la República, mediante el Decreto Ley 267 de 2000, se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, establece su estructura orgánica y fija las funciones de sus dependencias.

Igualmente, para guardar congruencia con este principio la Constitución Política en su artículo 267, con el fin de no permitir que se confunda las funciones que cumple este órgano de control con las funciones propias de la administración, se estableció que *la contraloría no cumplirá funciones administrativas distintas de las inherentes a las de su propia organización*. Disposición última que permite salvaguardar la autonomía que debe guardar el ente de control en un Estado social de derecho, como lo señala la Corte Constitucional:

*“Desde la perspectiva constitucional de la naturaleza de la función pública que desarrolla la Contraloría General de la República, debe recordarse que lo que diferencia a un Estado totalitario de uno democrático es que en éste, al lado del ejercicio del poder, tiene que existir siempre, de manera efectiva y autónoma, un control real a ese poder. Es decir, que no puede concebirse un Estado moderno que no garantice en igual forma el ejercicio del poder y el ejercicio del control a ese poder. Para el ejercicio de ambos, se precisa que estas expresiones del poder público cuenten con autonomía administrativa y presupuestal”.*

La Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, esto es, la contralorías departamentales, distritales y municipales son las titulares de la **potestad para el ejercicio del control y la vigilancia fiscal** en nombre del Estado; y la **titularidad de la competencia fiscal** se divide en dos, así: La titularidad de la vigilancia fiscal que es la competencia para la realización del proceso de auditoría fiscal; y la titularidad de la acción fiscal, que es la competencia de las contralorías para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva.

### **3. Postulación, elección y régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Contralor General de la República.**

Para dar cabal cumplimiento a las funciones constitucionales y legales encomendadas a las Contralorías, las personas que asumen funciones públicas, deben prestar sus servicios de acuerdo a los fines esenciales del Estado, enmarcados dentro de los principios que rigen la actuación de la administración pública, esto es, a los principios constitucionales de la función administrativa previstos en el artículo 209 Superior, tales como los principios de transparencia, moralidad administrativa, eficiencia, eficacia, igualdad y economía.

De esta manera, resulta acertado citar la jurisprudencia de la Corte constitucional que fija el

alcance del ejercicio de las funciones públicas y de los principios a que debe sujetarse:

*“Conforme a lo anterior, la norma impugnada es una regulación razonable que se adecua a los fines constitucionales que persigue. Además, como se verá, no viola los derechos pretendidos por el actor. Así, el literal no desconoce el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) ya que es la propia persona quien decide ingresar al servicio público y, por ende, debe asumir las cargas que de éste derivan, pues nadie es obligado a entrar a ejercer funciones públicas. En tales condiciones, lo que resulta inadmisibile es que una persona asuma una función pública -que es de interés general (CP art. 209)- pero pretenda eludir los deberes que derivan del cargo, pues no se puede olvidar que la función pública se ejerce en beneficio de la comunidad, de lo público, de un interés que va más allá del interés individual del empleado oficial. Eso explica, tal y como lo ha señalado esta Corporación, la especial sujeción de los servidores públicos frente al Estado, como la propia Carta lo estipula al estatuir que ellos son responsables no sólo por violar la Constitución y la ley sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP art. 6º). Esta especial sujeción deriva del interés general que es consustancial al ejercicio de las funciones públicas (CP. art. 2º, 123 209) y se manifiesta también en cargas concretas que les impone la Constitución, como la obligación de declarar el monto de bienes y rentas (CP. art. 122) o la imposibilidad de celebrar contratos con entidades que manejen recursos públicos. De la misma forma, se prohíbe que un funcionario desempeñe más de un cargo público o derive más de una asignación que provenga del Estado o respecto de las cuales éste posea parte mayoritaria (CP. art. 128). Finalmente, la Constitución establece que la ley deberá determinar la responsabilidad específica del servidor público y la manera de hacerla efectiva (CP art. 124) . Por ende, si la persona decide asumir voluntariamente una función pública, está obligada a aceptar las exigencias particulares que ésta impone. La Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía la guarda de la Constitución, ya había destacado esa especial sujeción del empleado público que los ciudadanos asumían libremente. Así, esa*

*Corporación señaló unos criterios que esta Corte Constitucional prohíja:*

*"Quien decida asumir una función pública, se acoge al régimen estatutario constitucional y legal del funcionario y se somete a sus mandatos, siendo libre de hacerlo o de abstenerse, pero no de sustraerse de ellos una vez adquiriera el estatus de funcionario público. Pues la función pública supone no sólo la tutela implícita a la libertad del trabajo y de escogencia de actividad, de oficio o de profesión, sino también la fundamental y explícita de garantía de imparcialidad, decoro, dignidad, probidad, aptitud, capacidad e idoneidad de los funcionarios que el Estado le debe a sus gobernados".*

Toda esta serie de condiciones que surgen con ocasión de la función que cumplen los servidores públicos, ha llevado a establecer un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de las funciones y empleos públicos. Este régimen jurídico, se encarga de establecer aquellos requisitos que impiden acceder o ejercer las funciones de los empleos de la administración pública. De modo tal, que en relación con el cargo que se está desempeñando o se pretende desempeñar, impone el deber de verificar las situaciones que impidan ejercer de cada cargo en particular.

De allí, que la Constitución establece que la postulación es una atribución de la Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia, quienes con sujeción a su reglamento postula un candidato para integrar la terna, para ante el Congreso en Pleno que debe elegir Contralor General de la República para períodos de cuatro años, con la prohibición constitucional de la reelección. Desde luego, tanto el acto de postulación como el de elección es un acto administrativo de elección indirecta, que se puede impugnar ante el Consejo de Estado mediante la acción de nulidad electoral, para lo cual dispone la persona

titular de la acción pública de veinte días a partir de la postulación o elección, para incoar la demanda.

De otra parte vale la pena precisar, que una vez integrada la terna, esta no se puede desintegrar por parte del órgano que postula, esto es, las Cortes no pueden revocar unilateralmente la postulación de su candidato, a menos que se pruebe que obtuvo la postulación por medios ilegales, que no reunía los requisitos constitucionales o legales o que sobrevino una inhabilidad o incompatibilidad.

Así mismo, si los candidatos renunciaren a su postulación, observamos que mientras el órgano que los postule no acepten la respectiva renuncia no se desintegra la terna, y el Congreso en Pleno debe elegir de la terna en firme integrada por cada uno de los Candidatos presentados por las altas Cortes.

### **3.1. Calidades y Requisitos para ser Contralor General de la República.**

Sobre las requisitos que se requieren para ejercer el cargo de Contralor General de la República, la Constitución Política en el inciso 7° del artículo 267, establece que es necesario: ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años y acreditar las demás calidades adicionales que exija la ley.

Al respecto la Ley 42 de 1993, estableció las siguientes calidades adicionales para el ejercicio de dicho cargo, es así como el artículo 59 de dicha disposición, estableció:

*Para ser elegido Contralor General de la República se requiere, además de lo señalado por el artículo 267*

*de la Constitución Nacional, acreditar título universitario en ciencias económicas, contables, jurídicas, financieras o de administración y haber ejercido funciones públicas por un período no menor de cinco años.*

La expresión “*en ciencias económicas, contables, jurídicas, financieras o de administración*”, contenida en el artículo anteriormente transcrito, fue demandado ante la Corte Constitucional y consecuentemente declarada su inexecutable bajo los siguientes presupuestos:

*En abstracto, la Ley puede establecer condiciones, requisitos y calidades para el ejercicio de los cargos públicos (C.P. art. 150-23). Del desempeño competente y eficiente de los mismos depende la realización de los fines del Estado. Esto justifica el establecimiento de exigencias para el acceso a la función pública, sin que ello signifique el desconocimiento de los derechos al trabajo o los derechos de participación política. (...)*

*No obstante, la circunstancia de que el Constituyente haya señalado unas determinadas condiciones que deben reunir los aspirantes al cargo de Contralor General de la República - entre ellas "tener título universitario" -, y, al mismo tiempo, haya dejado que la ley fijara otras adicionales, comporta una limitación a la potestad legislativa para regular la materia. En efecto, la Corte ha sostenido que el Legislador no puede hacer más restrictivo el acceso al desempeño de la función pública (C.P. art. 40-7), mediante la agregación de una exigencia adicional, "sobre la misma causal diseñada por el constituyente*

Mediante otra demanda de inconstitucionalidad, igualmente fue demandado de manera parcial el artículo 68 de la Ley 42 de 1993, respecto de las calidades de los contralores territoriales, frente a la cual la Sentencia C-320 del 14 de julio de 1994 con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz, dijo:

*Que el artículo 68 parcialmente acusado, "viola el principio de igualdad jurídica que consagra la constitución, así como el principio de la participación ciudadana que consagra el numeral 7° del art. 40, el derecho ciudadano de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, pues restringe en cuanto al cargo de contralor, la participación a unos pocos hombres y mujeres, que deben poseer título académico en cinco áreas de la actividad humana, marginando a los demás profesionales que poseen títulos universitarios en otras profesiones y que sirven para el desempeño de dicho cargo".*

*“Así las cosas, habiendo estatuido la Carta Política en el numeral 7o. del artículo 272, que para ser contralor se necesita ser 'colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de 25 años, acreditar título universitario....”.*

*“Mal puede entonces la ley entrar a restringir la amplitud que diseñó el constituyente primario en su sabiduría”.*

Es pertinente anotar, que con ocasión de esta demanda las autoridades públicas que intervinieron, todas, reclamaron la constitucionalidad del aparte acusado. El Contralor General argumentó que *“el constituyente otorgó al legislador la facultad de establecer las calidades o requisitos adicionales para el ejercicio del cargo de Contralor General de la República -, facultad que se concreta en la norma acusada, -en armonía con el artículo 26 de la Constitución Política, al decir: -Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad...”*. Así mismo, el Ministerio de Hacienda defendió la norma con el argumento *“que la norma selecciona los recursos humanos más acordes con la naturaleza del cargo. - No se está limitando injustificadamente la posibilidad de que ciertos profesionales accedan a los cargos de contralores territoriales sino que se están fijando calidades específicas perfectamente razonables y acordes con la disposición constitucional”*.

Bajo la misma concepción, el Ministerio Público en su intervención reclama que la norma sea declarada exequible, agregando que *“es plenamente justificado y razonable el establecimiento de hipótesis normativas que contengan supuestos predicables de manera especial para cierto tipo de carreras, cuando se trata de exigencias respecto a un cargo especializado de servicio público. Buscó con ello el legislador la profesionalización y los grados óptimos de idoneidad que el cargo de Contralor requería, pues no se menospreció a las personas pertenecientes a otras profesiones, sino que con criterio selectivo el legislador escogió entre las distintas disciplinas las de mayor afinidad con las responsabilidades propias del empleo”*.

No obstante los anteriores argumentos, los mismos no resultaron suficientes para mantener el aparte demandado dentro del ordenamiento jurídico, y no podría ser así, pues al legislador en su función de desarrollar los preceptos constitucionales, no puede restringir los derechos más allá de lo señalado por el constituyente. Estos requisitos señalados por la Constitución para acceder al cargo de Contralor, son mínimos y mal haría el legislador con seguir minimizándolos, lo que si le esta permitido al Congreso, aclarando que no en ejercicio de las funciones legislativas, es que al momento de la elección de este funcionario evalúe estos requisitos y determine cual hoja de vida de las personas postuladas para el cargo es la más idónea para el ejercicio de las funciones encargadas al Contralor. Para concluir, los intervinientes y en especial el Ministerio Público que confunde en su intervención, el ejercicio de las facultades del Congreso; pues unas son las funciones legislativas y otras las administrativas que son bien diferentes a aquellas facultades especiales que le otorga en este caso, al Congreso en pleno, para la elección de un alto funcionario.

De este modo la Corte al declarar la inconstitucionalidad del aparte demandado concluyó lo siguiente:

*Asiste razón a los demandantes al afirmar la inconstitucionalidad parcial del artículo 68, en*



*la parte que dice: "ciencias económicas, jurídicas, contables, de administración o financieras", por cuanto son bien claros los preceptos del orden superior que no podían ser transgredidos por la ley (artículo 4o. C.N.). En efecto, el inciso 7o. del artículo 272 de la constitución Política dispone que para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere la nacionalidad de colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco (25) años, "acreditar título universitario", y las demás calidades que establezca la ley. La circunstancia de que esta disposición es limitante del derecho político al acceso a los cargos públicos, impone su interpretación restrictiva, y lleva a esta Corporación a considerar que no podía el legislador, como lo hizo en la parte acusada del artículo 68, calificar la exigencia de la Carta, que se limita a exigir título universitario, para agregar una restricción adicional, sobre la misma causal diseñada por el constituyente, que la hiciera más restrictiva del derecho fundamental señalado (artículo 40 de la C.N.); por lo tanto, se declarará inexecutable el segmento acusado.*

Desde el punto de vista legal, las calidades y requisitos para ser Contralor General se han desarrollado por diferentes disposiciones. El Decreto Ley 267 de 2000 en el artículo 36, ha establecido como requisito para el ejercicio del cargo de Contralor General la aceptación del cargo, la cual debe llevarse a cabo dentro de los 15 días siguiente a la elección y tomar posesión ante el Presidente de la República.

Igualmente, se ha establecido como otro requisito para ser contralor el contenido en el parágrafo del artículo 36 del mismo Decreto 267 de 2000, en el sentido que el aspirante a este cargo deberá acreditar ante el órgano que formule su elección las calidades que exige la Constitución Política.

Debe tenerse en cuenta otros requisitos que ha establecido la Constitución de 1991 en el

artículo 122 incisos 2 y 3, pero que debe aclararse que no fueron establecidos de manera particular para el ejercicio del cargo de Contralor General, sino que fue establecido para todos los funcionarios públicos de la siguiente manera:

*“Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.*

*Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y renta”.*

### **3.2 Periodo del Contralor General de la República.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 de Constitución Política, el Contralor General de la República será elegido para un período igual al del Presidente de la República; es decir que el periodo del Contralor, es de cuatro años.

La fecha de iniciación del periodo del Contralor no está determinada por la Constitución, por lo que fue necesario que la ley se encargara del asunto y en ese sentido el Decreto Ley 267 de 2000, dispuso que el Contralor debía tomar posesión del cargo dentro de los 15 días siguientes a su elección.

Pero puede suceder que en el transcurso de este periodo, se presente una situación de vacancia del cargo, que pueden ser temporal o absoluta. Para el caso que se presente una vacancia temporal del Contralor, esta será proveída por el Consejo de Estado y en caso de presentarse la vacancia absoluta del Contralor, la corresponderá al Congreso de la República proveer la misma (art. 267 Inc. 6 C.P. y art. 38 Decreto 267 de 2000).

### **3.3 Procedimiento de postulación y elección del Contralor General de la República.**

Según establece la Constitución Política de 1991, el Contralor es elegido por el Congreso de República; pero para poder ser elegido es necesario que los aspirantes a este cargo logren integrar la terna que es enviada al Congreso para tal fin. Esta terna se conforma de la postulaciones que hacen tres altas cortes de administración de justicia, de tal manera que la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, cada una presenta un candidato.

### **3.4 Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.**

Las inhabilidades, incompatibilidades y el conflicto de intereses hacen parte de un régimen especial aplicable a los funcionarios públicos, con el objeto de controlar ciertos riesgos sociales de los servidores en el ejercicio de sus funciones, de manera tal, que se impide que la función pública se vea afectada por tratos discriminatorios hacia los administrados, garantizando su ejercicio de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 209 C.P.)

#### **3.4.1. Régimen de inhabilidades para el ejercicio del cargo de Contralor General de la República.**

Sobre el alcance de las inhabilidades la Corte Constitucional expresó: Inhabilidad, como

aquel límite razonable a los intereses particulares de los servidores públicos, o, cuando ciertas actuaciones privadas no pueden adelantarse ante uno o varios sectores del Estado, por haber servido en ellas y esto, para evitar el tráfico de influencias o el aprovechamiento privado de posiciones oficiales que desempeñaron en el pasado inmediato; y por último, prohibición como una obligación de no hacer, con la finalidad de garantizar el interés general frente a los intereses de los particulares, en relación con quienes están o han estado al servicio del Estado.

Dentro del régimen de las inhabilidades podemos encontrar dos tipos diferentes, uno que proviene como consecuencia de las sanciones impuestas por el Estado desde el ámbito penal, fiscal, disciplinario, político y otra clase de inhabilidades que obedece a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados. (Sentencia C-348 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

De igual manera, de las inhabilidades podemos decir que se encuentran unas de carácter general que se aplican a todos los funcionarios públicos o personas que aspiren a ejercer algún empleo en la administración pública. De este grupo encontramos las siguientes inhabilidades:

Artículo 122 C.P. Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su

conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Artículo 126 de la C.P. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

Artículo 38 de la Ley 734 de 2002, Código disciplinario Único y Ley 1474 de 2011.

Particularmente, para el Contralor General la Constitución Política estableció la siguiente inhabilidad por el ejercicio del cargo: *“No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes”*. (Art. 267, Inc. 8. C.P.).

### **3.4.2. Régimen de incompatibilidades para el ejercicio del cargo de Contralor General de la República.**

Las incompatibilidades por su parte, hace relación ya no a la persona, sino al cargo en particular; es decir la incompatibilidad es la prohibición del ejercicio de dos actividades que se establecen con el fin de garantizar la autodeterminación, la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas.

Es así, como desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Constitucional define las incompatibilidades de la siguiente manera:

*“Es bien sabido que la incompatibilidad comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”.*

Al igual que las inhabilidades, en el ordenamiento jurídico también se han previsto una serie de incompatibilidades de carácter general para todos los cargos de la administración pública en todos sus niveles y entre ellas tenemos:

**Artículo 127 C.P.** (Modificado por el art. 1 del acto legislativo 2 de 2004). Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

**Modifícanse los incisos 2º y 3º del artículo 127 así:**

A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución.

Los empleados no contemplados en esta prohibición solo podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria.

**Artículo 128 C.P.** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

**ARTICULO 129 C.P.** Los servidores públicos no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros u organismos internacionales, ni celebrar contratos con ellos, sin previa autorización del Gobierno.

Desde la vista legal, el Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002, también se ocupó de

consagrar una serie de incompatibilidades al siguiente tenor:

**“Artículo 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES.** Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.”

### **3.4.3. Consecuencias de las inhabilidades e incompatibilidades constitucionales y legales.**

En caso de llegarse a configurar algunas de las causales de inhabilidad o incompatibilidad, es necesario tener en cuenta que el fin perseguido con la consagración de un régimen de



inhabilidades e incompatibilidades para los servidores públicos, es tener una administración pública que pueda cumplir con los fines trazados para el Estado, en el marco de los principios consagrados en el artículo 209 de la C.P.

En el anterior orden de ideas, tenemos que en caso de presentarse alguna de las causales antes descritas, trae consigo las siguientes consecuencias:

a) Para quien aspira a ingresar o acceder a un cargo público, **no podrá ser postulado o elegido** para desempeñar dicho cargo.

b) Para quien habiéndose configurado alguna de las causales de inhabilidad mencionadas, es postulada, nombrada o elegida para ocupar un cargo o empleo público o cuando encontrándose en ejercicio del cargo, incurre en alguna de ellas, se tipifica como falta disciplinaria gravísima que da lugar a la destitución del empleo o cargo público con inhabilidad general de diez a veinte años si fuere dolosa o con culpa gravísima.

c) Dará lugar a causal de nulidad del acto de postulación y/o elección de la persona sobre la cual recae la causal de inhabilidad o incompatibilidad.

En todos estos eventos, la persona nombrada, postulada o elegida, deberá ser declarada insubsistente mediante providencia motivada, previa garantía del debido proceso- derecho de defensa técnica y material si a si lo desea, derecho de contradicción, de audiencia etc-, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la carrera administrativa o judicial, según la previsión que hace el Código Disciplinario Único. Lo anterior sin perjuicio de las acciones disciplinarias y penales a que halla lugar, para lo cual, el nominador de la entidad, deberá informar al ente de control respectivo para que determine

la responsabilidad del servidor público.

De otro lado, resulta pertinente anotar lo siguiente: si bien, el ordenamiento jurídico se ocupó de tipificar que no podrán acceder al empleo público personas sobre las cuales existe una causal de inhabilidad o incompatibilidad, la ley previendo que acceder a un cargo público depende del representante legal o nominador de la entidad, o del ente colegiado o corporativo que postula o elige, estableció un causal de prohibición para los servidores públicos, consistente en la prohibición de nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación. (Artículo, 35 numeral 18 del CDU).

#### **3.4.4 Del Conflicto de Intereses en el ejercicio del control y vigilancia fiscal.**

El artículo 40 de la Ley 734 de 2002 “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, establece sobre el conflicto de intereses que **“todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”**.

El conflicto de intereses, es una categoría que se aplica en concordancia con el régimen de impedimentos y recusaciones, razón por la cual se tratará en un capítulo más adelante. Sin embargo, las causales que dan lugar al conflicto de intereses, a diferencia del régimen de

inhabilidades e incompatibilidades, que impiden que el servidor público continúe en el ejercicio del cargo, esta sólo lo hace en relación con determinados asuntos específicos; es decir, que el servidor público que se vea afectado por un conflicto de intereses puede seguir ejerciendo sus funciones ininterrumpidamente y la consecuencia sólo se verá reflejada en relación con trámite puesto a su consideración y que para tal efecto deberá declararse impedido.

Ahora bien, la norma sobre conflicto de intereses establece que es deber del servidor público declararse impedido, de modo tal que si no se cumple con este mandato se estaría en curso en una casual de falta disciplinaria que la ley califica de gravísima. Así tenemos que el numeral 46 del artículo del CDU establece:

*Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:*

*(...) 46. No declararse impedido oportunamente, cuando exista la obligación de hacerlo, demorar el trámite de las recusaciones, o actuar después de separado del asunto.*

#### **4. Facultades constitucionales y legales del Contralor General de la República.**

Para dar cabal cumplimiento a la misión encomendada a la Contraloría General de la República, la Constitución ha dotado de precisas potestades al representante del órgano de control fiscal que le permiten ejercer un control fiscal a la administración de manera eficiente, de tal manera que el artículo 268 de la carta constitucional le encarga las siguientes funciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho.*

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

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

*13. Las demás que señale la ley. Presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General.*

## **5. El Control y la vigilancia fiscal de carácter excepcional.**

El inciso 3° del artículo 267 de la C.P. le otorga la facultad a la Contraloría General de la Nación de ejercer en forma excepcional el control fiscal posterior en cualquiera de sus modalidades, sobre las cuentas a cualquier entidad territorial sin perjuicio de las competencias que la Constitución le ha otorgado a dichos entes.

El control excepcional es el fenómeno que tiene relación directa con la competencia para el ejercicio de la titularidad de la vigilancia fiscal a través de los procesos auditores; y con la competencia para el ejercicio de la titularidad de la acción fiscal para adelantar el proceso

de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva. Esto es, que si se trata de ejercer control excepcional por parte de la Contraloría General de la República para adelantar los procesos auditores sobre la gestión fiscal de un sujeto del control de una contraloría territorial, este control excepcional se ejerce para asumir la competencia de la vigilancia fiscal que se hace a través de los procesos auditores; y si se trata de ejercer control excepcional para asumir la competencia para adelantar un proceso de responsabilidad fiscal que viene adelantando una contraloría territorial, estamos en presencia de un acto mediante la cual se asume la competencia para ejercer la acción fiscal por parte de la Contraloría General y que venía ejerciendo una contraloría territorial.

Esta facultad excepcional se encuentra regulada por las siguientes normas:

**Ley 42 de 1993**, artículo 26. Declarada exequible mediante sentencia C-403 de 1999, señala los casos en los cuales la Contraloría General de la República, podrá ejercer el control posterior excepcional.

**Ley 617 de 2000**, artículo 24 numeral 7. Faculta al Personero Municipal, cuando no exista Contraloría Municipal, para solicitar la intervención de la Contraloría General de la República, en las cuentas de la respectiva entidad territorial.

**Ley 617 de 2000**, artículo 81. Ordena a la Contraloría General de la República, efectuar control fiscal en las entidades territoriales, cuando se incumplan los límites del gasto contemplados en esta ley, gozando de las facultades que ejerce en relación con la Nación.

**Ley 850 de 2003**. Reglamenta las veedurías ciudadanas en los niveles nacional o territorial, constituidas para ejercer vigilancia sobre la gestión pública, los resultados de la misma y la

prestación de los servicios públicos. La vigilancia se podrá ejercer en aquellos ámbitos, aspectos y niveles en los que en forma total o mayoritaria se empleen los recursos públicos, de acuerdo con la Constitución y la ley.

**Ley 610 de 2000** artículo 63. Declarada exequible por la sentencia C-364 de 2001. Estipula que la Contraloría General de la República goza de competencia prevalente para adelantar, hasta su culminación, los procesos de responsabilidad fiscal que se originen en la facultad excepcional otorgada por el artículo 267 de la Constitución Política. En este caso se da el control excepcional para asumir la competencia de la titularidad del ejercicio de la acción fiscal que venía ejerciendo una contraloría territorial, porque lo que asume la Contraloría General de la República es la competencia para continuar conociendo de un proceso de responsabilidad fiscal que se venía adelantando, o para asumir la competencia del proceso de responsabilidad fiscal que surja del proceso auditor, cuando el control excepcional que se decreta sea el de vigilancia fiscal para adelantar el proceso auditor sobre un punto de gestión concreta.

**Resolución 5588 del 8 de junio de 2004.** Establece la competencia para el conocimiento y trámite del control fiscal posterior excepcional en la Contraloría General de la República.

**Ley 1474 del 12 de julio de 2011,** sobre el procedimiento para el ejercicio del control fiscal excepcional a solicitud de una Comisión Permanente del Congreso de la República.

**5.1. Facultad de intervención excepcional de la Contraloría General de la República frente a las competencias de las contralorías territoriales.**

Esta facultad excepcional de la Contraloría, esta incorporada para garantizar el buen ejercicio de las funciones de las contralorías territoriales y ha sido definida por la Contraloría General de la República en el artículo 2° de la Resolución Orgánica 5588 de 2004 de la siguiente manera: *“Se entiende por control fiscal posterior excepcional, la facultad Constitucional otorgada a la Contraloría General de la República para ejercer control fiscal en cualquiera de sus modalidades y acciones sobre cualquier organismo del nivel territorial, cuya competencia natural recae en el ente de control fiscal territorial, relevando a éste de su competencia sobre los asuntos materia del mismo; previo cumplimiento de los requisitos previstos por la Ley”*.

La facultad de intervención excepcional de la Contraloría General de República, consagrada en la Constitución y desarrollada por el legislador comprende el ejercicio del control fiscal en cualquiera de las modalidades señaladas en la Constitución Política, como también la facultad de ejercer las acciones correspondientes a obtener el resarcimiento del patrimonio público mediante los procesos de responsabilidad fiscal; pero también, consideró que la Contraloría tiene la potestad para ejercer las competencias propias de jurisdicción coactiva y de los procesos sancionatorios fiscales, sin que expresamente obre en norma expresa tal facultad, consecuencia de la facultad del ejercicio del control fiscal.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ajusta a la Carta, el desarrollo legal que sobre el control fiscal excepcional trae la Ley 42 de 1993, la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011. En efecto, mediante las sentencias de constitucionalidad C-403 de 1999 y C-364 de 2001, la Corte Constitucional estableció la exequibilidad de la normatividad antes indicada.

De esta manera tenemos, según la vista constitucional que:

*“el control fiscal es ejercido en los distintos niveles administrativos, a saber, en el sector central y en el*



*descentralizado territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejen fondos o bienes de la Nación. En nuestro sistema constitucional el ejercicio de esta función pública de control obedece a un esquema orgánico y funcional propio, dado que los organismos de control se encuentran dotados de autonomía e independencia, atributos estos que son esenciales al control fiscal ya que sin ellos su ejercicio se hace débil y sobre todo vulnerable; por esto, la Constitución diseñó la Contraloría General de la República como una entidad de carácter técnico dotada de autonomía administrativa y presupuestal, sin funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.*

*Como regla general, de conformidad con el artículo 272 de la Carta, la función de control fiscal a nivel departamental, distrital y municipal le corresponde a las entidades territoriales; y la definición del margen de autonomía con el cual éstas habrán de contar, es una cuestión que la Constitución defiere al Legislador. Sin embargo, tal y como lo señaló la sentencia C-219/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Carta "estableció una serie de reglas mínimas que tienden a articular el principio unitario con la protección de la autonomía territorial, optando, en algunas circunstancias, por dar primacía al nivel central y, en otras, por favorecer la gestión autónoma de las entidades territoriales".*

*Al mismo tiempo, no se debe perder de vista que la autonomía con la que cuentan las entidades territoriales tiene ciertos límites, ya que su existencia se desenvuelve en el marco de un Estado Unitario; por ello, su actividad se debe armonizar con la de las demás entidades, órganos y autoridades estatales. Ya tiene establecido la Corte que "los principios de descentralización y autonomía sólo pueden ser entendidos en su prístino sentido al ser relacionados con el de unidad, ya que a falta de la delimitación que éste les proporciona, la afirmación de los intereses locales, seccionales y regionales conduciría a la configuración de un modelo organizativo distinto al propugnado por las normas constitucionales vigentes" (Sentencia C-373/97, M.P. Fabio Morón Díaz).*

*El equilibrio entre los principios de autonomía y de unidad implica que la ley puede obviamente regular las*

*cuestiones vinculadas a un interés nacional, pero no debe vulnerar el contenido esencial de la autonomía de las entidades territoriales, y en particular debe respetar "los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses"<sup>[1]</sup>. Por ello, en desarrollo de estos principios, la Corte tiene bien establecido que la facultad de injerencia de la ley en los recursos de las entidades territoriales es distinta, según que se trate de dineros que provienen de los ingresos de la Nación (recursos exógenos), o de recursos que provienen de fuentes propias de las entidades territoriales (recursos endógenos). Así, es obvio que en relación con recursos territoriales provenientes de fuente endógena (recursos propios), la posibilidad de intervención de la ley es restringida, pues de otra forma la autonomía financiera de las entidades territoriales se vería vulnerada. En cambio, la ley puede regular más intensamente la forma de utilización de los recursos territoriales exógenos.*

*La aplicación de los anteriores criterios al control fiscal explica que la Contraloría General de la República tenga facultades amplias para ejercer control sobre los recursos exógenos de las entidades territoriales, mientras que su intervención en relación con los recursos endógenos debe ser excepcional, tal y como lo dispone el artículo 267 de la Carta. Por ello, la mencionada sentencia C-403 de 1999 dijo al respecto:*

*"existe un control concurrente de nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de la necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la Administración, sin que se pueda predicar por esto exclusión o indebida intromisión del nivel nacional en la administración territorial. Al contrario, a juicio de la Corte, es el desarrollo adecuado del artículo 228 de la Constitución Política, que impone el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley".*

*En ese sentido, el control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los recursos provenientes de ingresos de la Nación será prevalente, ya que en tanto órgano superior del control fiscal del Estado, "no*

*requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado (art. 2, C.P.)" (Sentencia C-403/99, ibídem).*

*Algo distinto sucede con los recursos propios de las entidades territoriales, respecto de los cuales la intervención de la Contraloría General, en los términos del artículo 267 Superior, deberá ser excepcional; ello, en la medida en que estos recursos son asuntos propios de los entes territoriales, que delimitan su ámbito esencial de autonomía en tanto manifestaciones del fenómeno de descentralización prescrito por el Constituyente (CP art. 1º). Es el Legislador quien está llamado a efectuar la coordinación que debe existir entre las competencias ordinarias de tales entidades, y el control excepcional de la Contraloría General. Y precisamente en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, efectuó esa distribución de competencias.*

Ahora bien, con base en los anteriores argumentos, la Corte Constitucional se apoya para, igualmente declarar la exequibilidad del artículo 63 de la Ley 610 de 2000, que le otorga la facultad a la Contraloría General de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal en los entes territoriales cuando sea consecuencia del control fiscal excepcional, toda vez que es la misma Constitución y la ley la que permite que, de manera excepcional, la Contraloría General ejerza tal facultad de control fiscal, lo que hace forzoso entender que, dentro de dicha atribución, se encuentra incluida la de promover los procesos de responsabilidad fiscal que puedan surgir de las investigaciones realizadas y no sólo estos, si no también los de jurisdicción coactiva y los procesos fiscales sancionatorios.

*Conforme a lo anterior, es claro que debe entenderse que el control posterior de la Contraloría General sobre las cuentas de las entidades territoriales, si bien es posterior y excepcional, no se limita únicamente a ser un control numérico legal sino que comprende el desarrollo de las atribuciones propias de la Contraloría para el*

*ejercicio integral de la vigilancia fiscal. Y entre esas atribuciones se encuentra naturalmente la imposición de la responsabilidad fiscal, pues el artículo 268 ordinal 5º confiere al Contralor la potestad 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". Y es que no tiene sentido que la Carta permita una intervención excepcional de la Contraloría General en las entidades territoriales, pero excluya la imposición de formas de responsabilidad fiscal, por cuanto, como esta Corte lo ha señalado en varias oportunidades, los procesos de responsabilidad fiscal son un complemento natural de la vigilancia de la gestión fiscal que ejercen la Contraloría General y las contralorías departamentales y municipales<sup>[4]</sup>. En efecto, si genéricamente la vigilancia fiscal busca proteger el patrimonio estatal y los recursos públicos, el proceso de responsabilidad fiscal es una expresión de esa finalidad global, en la medida en que está encaminado a que aquella persona que sea declarada responsable proceda a "resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal". Por ende, si, como ya se señaló, la intervención excepcional de la Contraloría General en la vigilancia fiscal de las entidades territoriales se justifica en aquellos eventos en que puede dudarse de la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales, entonces no existe razón para suponer que en esos eventos la contraloría departamental o municipal sea la entidad idónea para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal. Es pues un desarrollo proporcionado del principio de subsidiariedad (CP art. 288), que en esos casos excepcionales de intervención de la Contraloría General, corresponda a ese órgano también la imposición de las responsabilidades fiscales de rigor.*

De igual manera, resulta importante traer a colación la aclaración de votos de los magistrados Eduardo Montealegre Lynette y Álvaro Tafur Galvis, en el sentido de precisar el alcance de la facultad de intervención excepcional de la Contraloría General en los procesos de responsabilidad fiscal que ya se encuentren en curso, en lo que debe entenderse que la Contraloría General desplaza a la territorial en las investigaciones

fiscales.

*“Esa conclusión se desprende, en primer término, del tenor literal de la disposición acusada, declarada exequible sin ningún condicionamiento por la sentencia. En efecto, esa norma señala inequívocamente que la competencia de la Contraloría General es, en estos casos excepcionales, prevalente. Y competencia prevalente implica la facultad de desplazar a los otros órganos. En segundo término, una interpretación finalística lleva a la misma conclusión. Si ese control excepcional se justifica, como lo dice la sentencia, en aquellos casos en que pueda dudarse de la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales, entonces resulta natural que la intervención de la Contraloría General pueda desplazar a las contralorías de las entidades territoriales, cuya idoneidad está en entredicho”.*

## **5.2. Causales para la procedencia del ejercicio del control y vigilancia fiscal excepcional de la Contraloría General de la República.**

La Contraloría General de la República, ha establecido los presupuestos para la procedencia del control fiscal excepcional en los que ha establecido los siguientes:

- Solicitud de cualquier Comisión del Senado de la República o de la Cámara de Representantes, por escrito.
- Solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, por escrito, anexándose la documentación (constancia de elección y posesión) que acredite el cargo.
- Solicitud de las corporaciones públicas territoriales (asamblea departamental o concejo municipal o distrital), por escrito, anexando constancia de la aprobación

de la mitad más uno de sus miembros, expedida por el secretario de la misma.

-Solicitud de la ciudadanía a través de las veedurías ciudadanas, por escrito, anexando constancia de inscripción y reconocimiento de la red de veeduría.

-Solicitud del personero municipal, por escrito, anexando certificación de inexistencia de la contraloría municipal y del documento (constancia de posesión) que acredita el cargo.

Al respecto debo señalar que el artículo 122 de la Ley 1474 de 2011, dispuso que cuando a través de las comisiones constitucionales permanentes del Congreso se solicite la Contraloría General de la República, ejercer el control excepcional de las investigaciones que e estén adelantando por el ente de control fiscal del nivel territorial correspondiente, quien así lo solicite deberá presentar un informe previo y detallado en el cual sustente las razones que fundamenta la solicitud. Esta debe ser aprobada por la mayoría absoluta de la Comisión Constitucional a la cual pertenece, y si la solicitud fuere negada, esta no podrá volver a presentarse hasta pasado un año de la misma.

### **5.3. Procedimiento administrativo para el ejercicio del control fiscal excepcional.**

El procedimiento que se sigue por la Contraloría General, se encuentra determinado por la Resolución Orgánica 5588 del 8 de junio de 2004, según la cual, los requerimientos del control excepcional serán decepcionados por la Secretaría Privada, cuando provengan del Congreso de la República; y por la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana,

cuando sean solicitados por los gobernadores, alcaldes, concejos distritales o municipales, asambleas departamentales o veedurías ciudadanas, en cuyo caso, si no se cumplen los requisitos formales, enviarán una comunicación al solicitante, en la que se advertirá sobre lo que faltare o la improcedencia de la misma.

Cumplidos los requisitos, remitirán las peticiones a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, quien analizará la viabilidad y pertinencia de la solicitud y la autorizará o rechazará. Autorizada, se asignará teniendo en cuenta los criterios definidos en el artículo 8 de la Resolución Orgánica 5588 del 8 de junio de 2004.

La Delegada Sectorial para la Vigilancia Fiscal o Gerencia Departamental asignada, programará en el Plan General de Auditoria, la actuación que por control excepcional le ha sido designada y comunicará a la Oficina de Planeación, la programación de dicha actuación para que sea incluida en el PGA, a cargo de la dependencia que ha sido asignada para ejercer el proceso auditor.

Efectuado lo anterior, procederá a realizar el proceso auditor asignado. Concluido éste, elaborará el informe de auditoria, y remitirá a los organismos competentes los hallazgos con efectos fiscales, disciplinarios y penales, y a la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, el informe respectivo, para que se continúe con el trámite del control fiscal posterior excepcional. Autorizado el control excepcional, la Contraloría Territorial pierde competencia una vez se comunique.

## **6. El control fiscal excepcional excluyente y concurrente.**

El control fiscal excepcional puede ser excluyente o concurrente, y es ejercido por la Contraloría General de la República, a través de un acto administrativo que le permite asumir la competencia sobre el ejercicio del control y vigilancia fiscal, así como también para asumir la competencia de un proceso de responsabilidad fiscal que es competencia de una contraloría departamental, distrital o municipal; siempre que los recursos sobre los cuales versa la gestión fiscal y que es objeto del control excepcional respectivo sean total o parcialmente de la Nación, esto es, que la gestión fiscal que adelanta el ente departamental, municipal o distrital hagan parte del presupuesto de la entidad pública sujeto de control fiscal y cuya fuente de ingresos sea la transferencia de la Nación, ya sea como consecuencia del situado fiscal, sistema general de participación, partidas presupuestales de inversión regional, recursos de inversión de regalías, recursos para cofinanciar proyectos territoriales, regionales, departamentales, distritales y municipales. Así mismo, el control fiscal excepcional puede recaer sobre una gestión fiscal financiada con recursos mixtos, estos es compuesto por un porcentaje de la Nación y por otro componente del ente territorial. Así las cosas, la Contraloría General puede ejercer el control excepcional sobre actos de gestión de los entes territoriales financiados con recursos total o parcialmente de la Nación, así como también lo puede hacer la Contraloría departamental respecto de las contralorías municipales.

a. El control fiscal excluyente, se realiza a través de la siguientes modalidades: Control fiscal excepcional integral, control fiscal excepcional para el ejercicio de la titularidad de la vigilancia fiscal, control fiscal excepcional para el ejercicio de la titularidad de la acción fiscal asumiendo la competencia de uno o varios procesos de responsabilidad fiscal.

b. El control fiscal excepcional concurrente se realiza a través de las siguientes



modalidades: Control fiscal excepcional concurrente integral, control fiscal excepcional concurrente para el ejercicio de la titularidad de la vigilancia fiscal; y control fiscal excepcional concurrente para el ejercicio de la titularidad de la acción fiscal asumiendo la competencia de uno o varios procesos de responsabilidad fiscal.

### **6.1 Control fiscal excluyente.**

El control excepcional excluyente es el ejercido por parte de la Contraloría General de la República respecto de una Contraloría Departamental, Distrital o Municipal; o de una Contraloría Departamental respecto de una Contraloría Municipal, consistente en que una vez se expida el acto administrativo por el cual se ejerce el control fiscal de carácter excluyente el ente superior asume de manera directa y exclusiva la competencia desplazando la Contraloría Departamental, Distrital o Municipal en los términos y bajo la modalidad del control excepcional que disponga el correspondiente acto administrativo, así:

#### **6.1.1.- Control fiscal excepcional integral de carácter excluyente.**

El control excepcional integral de carácter excluyente, consiste en la decisión que toma la Contraloría General de la República mediante el cual asume la competencia exclusiva para adelantar la vigilancia de la gestión fiscal de un asunto concreto de la gestión de una entidad desplazando a la Contraloría territorial respectiva, a través del ejercicio del proceso auditor y luego de que culmine la auditoría respectiva tienen la competencia para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal. Es por ello que el carácter integral del control fiscal excepcional, indica que el desplazamiento que hace la Contraloría General de la República de la Contraloría territorial comporta la competencia para adelantar tanto el proceso auditor como el proceso de responsabilidad fiscal.

Este control fiscal excepcional es excluyente porque una vez ejercido se desplaza a la contraloría territorial respectiva y la competencia la asume exclusivamente la Contraloría General de la República; y es integral porque el control excepcional comprende tanto la titularidad para ejercer la vigilancia fiscal a través del proceso de auditor, como la titularidad de la acción fiscal para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal que surjan de allí.

#### **6.1.2 El control fiscal excepcional excluyente y parcial para el ejercicio de la titularidad de la vigilancia fiscal.**

El control fiscal excepcional para el ejercicio de la titularidad de la vigilancia fiscal, consiste en que la Contraloría General de la República ejerce la competencia para realizar exclusivamente la auditoría fiscal en asuntos de gestión concretos de las departamentos, distritos y municipios, desplazando a la respectiva contraloría territorial. En este caso, el control excepcional es solo para realizar la vigilancia fiscal a través de la realización de las correspondientes auditorías fiscales, lo que significa que una vez culminadas, los hallazgos fiscales respectivos serán enviados a la contraloría departamental, municipal o distrital respectiva, ya que el control excepcional es solo para realizar las auditorías y no para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal que sea consecuencia de esa auditorías fiscales, como ocurre en los casos en donde la Contraloría General de la República decreta un control fiscal excepcional excluyente e integral.

Este control excepcional es parcial, porque la Contraloría General de la República sólo asume la competencia para realizar el proceso auditor, dejando los procesos de responsabilidad fiscal que surjan como consecuencia de este para la contraloría territorial

respectiva; y es excluyente, porque la Contraloría General asume la competencia para realizar el proceso auditor de manera exclusiva, esto es, desplazando a las contralorías territoriales.

### **6.1.3 El control fiscal excepcional para el ejercicio de la titularidad de la acción fiscal asumiendo la competencia de los procesos de responsabilidad fiscal.**

En este caso, se trata del acto administrativo en virtud del cual el Contralor General de la República asume la competencia para continuar con los procesos de responsabilidad fiscal de que viene conociendo las contralorías territoriales que son consecuencia de los hallazgos que son producto de los procesos auditores de éstas. Aquí se ejerce la competencia por parte de la Contraloría General desplazando a la contraloría territorial en el conocimiento del proceso de responsabilidad fiscal, lo que termina siendo una actuación compleja donde participa en el proceso auditor la contraloría territorial y en el proceso de responsabilidad el máximo ente de control y vigilancia fiscal del orden nacional.

### **6.2 Control fiscal excepcional -concurrente.**

El control fiscal excepcional concurrente se presenta cuando la Contraloría General de la República a través de acto administrativo asume la competencia de manera parcial, esto es que no desplaza totalmente a la contraloría territorial, sino que adelanta el control y vigilancia fiscal a través de comisiones integradas por funcionarios tanto de la Contraloría General como de la respectiva contraloría territorial. Existen las siguientes modalidades: Control fiscal excepcional concurrente integral, control fiscal excepcional concurrente para el ejercicio de la titularidad de la vigilancia fiscal; y control fiscal

excepcional concurrente para el ejercicio de la titularidad de la acción fiscal asumiendo la competencia de uno o varios procesos de responsabilidad fiscal.

#### **6.2.1 Control fiscal excepcional- concurrente e integral.**

Consiste en el acto de la Contraloría General de la República de asumir parcialmente la competencia en el ejercicio del control y la vigilancia fiscal de un asunto concreto de la gestión de los entes territoriales, ya sean departamentos, distritos y municipios, en los que no desplaza a la contraloría territorial respectiva, sino que por el contrario, asume la competencia pero invita al ente de control fiscal territorial para que de manera conjunta y a través de convenios interadministrativos, crean comisiones integradas por funcionarios de la contraloría tanto nacional como territorial para que de manera conjunta o con participación de los funcionarios de uno y otro ante realicen las auditorías fiscales que evalúan de manera conjunta y el informe definitivo es el resultado de la discusión de los funcionarios que integran la comisión, de tal manera que los distintos hallazgos penales, fiscales, disciplinarios y administrativos cuenta con la participación e intervención de las dos entidades. Es concurrente porque participa tanto la contraloría nacional como las territoriales, y es integral porque en este control concurrente el convenio dispone cual de las dos contralorías es la competentes para adelantar los respectivos procesos de responsabilidad fiscal, esto es si el proceso auditor lo hacen de manera conjunta, pero los procesos de responsabilidad fiscal lo adelanta solamente la Contraloría General, la territorial o si se los distribuyen porcentualmente con criterios que determine el convenio. Es integral porque este control excepcional comprende el ejercicio tanto del proceso auditor como el proceso de responsabilidad fiscal.

#### **6.2.2 Control fiscal excepcional- concurrente parcial para el ejercicio de la**

### **titularidad de la vigilancia fiscal.**

Consiste en la facultad de la Contraloría General de la República de asumir la competencia parcial para ejercer o realizar el proceso de auditoría fiscal, en un asunto concreto de la gestión de una entidad territorial sin desplazar a la contraloría territorial respectiva, sino que por el contrario, la invita a que mediante convenio constituyan una comisión integrada por funcionarios de ambas contralorías para realizar el proceso auditor, identificar los hallazgos y una vez en firme, se envíen los hallazgos a la respectiva contraloría territorial para que adelante el proceso de responsabilidad fiscal, esto es que sólo el control fiscal excepcional es para adelantar el proceso auditor respectivo.

### **7. Facultad de las Contralorías de provocar el incidente de reparación integral en el proceso penal conforme al sistema acusatorio.**

El Estado al tiempo que es el titular la acción penal, puede ser también víctima dentro del ilícito penal. En ese sentido el Código penal ha tipificado conductas que atentan, en este caso, contra bienes jurídicos cuyo titular no es la persona individualmente considerada, sino el mismo Estado; de tal manera que el legislador ha querido proteger entre otros, el patrimonio público y su correcta ejecución por medio de los contratos estatales.

En el marco del proceso se ha previsto una etapa que permita que las víctimas puedan obtener la reparación integral y patrimonial de los derechos que les han sido quebrantados, derecho del que también gozan las entidades del Estado cuando han sido víctimas del actuar criminal, pero nuestro legislador por la calidad de los bienes jurídicos protegidos, no sólo dejó en cabeza de la entidad poder reclamar estos derechos en el proceso penal, sino que

adicionalmente, invistió de facultades a aquellos órganos del Estado encargados como lo son, el Ministerio Público, la Fiscalía y por supuesto las Contralorías.

En un Estado social de derecho y en una democracia participativa (artículo 1, CP), los derechos de las víctimas de un delito resultan constitucionalmente relevantes. Por ello, el constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima. Así, el numeral 4 del artículo 250 Superior, señala que el Fiscal General de la Nación debe “velar por la protección de las víctimas”.

Como desarrollo del artículo 2º de la Carta, al adelantar las investigaciones y procedimientos necesarios para esclarecer los hechos punibles, las autoridades administrativas y judiciales, deben propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de bienes jurídicos de particular importancia para la vida en sociedad. No obstante, esa protección no se refiere exclusivamente a la reparación material de los daños que le ocasione el delito, sino también a la protección integral de sus derechos.

De esta manera la Ley 610 de 2000, mediante el artículo 65 reglamentó la potestad de las contralorías de intervenir en los procesos penales a título de parte civil en el proceso penal inquisitivo, y a título de víctimas en el proceso constitucional acusatorio para que se defiendan los derechos patrimoniales del Estado, como método auxiliar de la acción fiscal, así:

*“Los contralores, por sí mismos o por intermedio de sus apoderados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos,*

*contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliera con esta obligación, según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995.*

*Las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados.*

*PARAGRAFO. La parte civil al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva no prestará caución”.*

Debe aclararse, que esta disposición reglamenta lo que se conocía en el anterior Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) como intervención de parte civil y hoy por virtud de la modificación del sistema penal colombiano la figura correspondientes es el incidente de reparación integral (Ley 906 de 2004), que se traduce en el ámbito de la responsabilidad fiscal, en la facultad de las contralorías de provocar este incidente regulado en los artículo 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

Por último, los efectos de la decisión de reparación integral frente al proceso de responsabilidad fiscal, no es otra que la declaratoria por parte del funcionario de la Contraloría de declarar la cesación del proceso de responsabilidad fiscal por la reparación efectiva del patrimonio público.

Es importante señalar que en virtud del nuevo sistema constitucional acusatorio, introducido por el acto legislativo 03 de 2002 y desarrollado por la Ley 906 de 2004, las víctimas de los delitos contra la administración pública tienen un rol relevante, teniendo en cuenta las características del proceso penal acusatorio, en la medida en que son un sujeto

procesal, veamos:

a- De conformidad con el artículo 250 constitucional, modificado por el artículo 2o del Acto Legislativo No. 03 de 2002, Fiscalía General de la nación es el titular de la acción penal en nombre del Estado, y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal es la titular de la acción penal en los casos donde el sujeto activo del delito tiene fuero especial de competencia exclusiva del Alto Tribunal.

b. En el proceso penal del sistema acusatorio los sujetos procesales están integrados por el Fiscal General de la Nación o su delegado, el juez según la etapa de la actuación penal, el Ministerio Público, el representante de las víctimas, los apoderados defensores, y los indicados, imputados o acusados según la etapa en que se encuentre la indagación, investigación o el proceso penal.

c.-En los delitos contra la administración pública las víctimas estarán representadas teniendo en cuenta el delito y el bien jurídico tutelado.

d. En todos los delitos contra la administración pública la principal víctima es la entidad pública en la que el servidor público, el particular y demás intervinientes incurrieron en la conducta instantánea o sucesiva en que ocurrieron los hechos punibles que configuran el tipo penal ya sea en calidad de autor, coautor, complicidad o interviniente, es decir, teniendo en cuenta los factores de tipicidad, autoría y participación.

e. La entidad pública que se puede hacer reconocer como víctima en el sistema penal acusatorio es aquella que calificada como sujeto pasivo del delito, es decir, tiene que ser concreta, esto es, alguna de las entidades públicas descritas en el artículo 2o de la Ley 80 de



1993, tales como "a) *La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten en todos los órdenes y niveles.* b) *El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales, municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales, y en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos*".

f. La Procuraduría General de la Nación actúa en el proceso penal como víctima, cuando es el sujeto pasivo del delito, esto es, cuando por ejemplo el delito de peculado se cometió sobre la apropiación de bienes de su propiedad. Esto significa que la Procuraduría General de la Nación en el proceso penal acusatorio puede actuar como víctima y como Agente del Ministerio Público, evento en el cual puede estar representada por dos sujetos distintos.

g. Si el sujeto pasivo del delito es la Contraloría, porque por ejemplo es la propietaria del bien sobre el cual recae el peculado por apropiación, este ente puede constituirse en el proceso penal acusatorio como víctima.

h. Pero si se trata de delitos contra la administración pública como la concusión, las víctimas son la entidad pública en la que estaba vinculado el servidor público que solicitó la

dádiva, así como el particular que fue el destinatario de la solicitud del servidor público.

i. Si el delito es el cohecho por dar, las víctimas son la entidad pública; pero si el cohecho es por ofrecer las víctimas son la entidad pública y el servidor público destinatario del ofrecimiento.

j. En todos los delitos contra la administración pública, la principal víctima es el representante de la entidad pública donde se cometió el delito, sin perjuicio de que si se realiza ofrecimiento o violencia contra servidor público éste también sea considerado como víctima; o si se realiza alguna solicitud a particular éste sea considerado víctima del delito.

k. Las contralorías son víctimas principales cuando es el sujeto pasivo del delito contra la administración pública, por ejemplo, cuando es la propietaria de los bienes sobre los cuales recae el peculado por apropiación.

l. La comunidad es víctima de todos los delitos contra la administración pública, siempre que esté representada a través de organizaciones no gubernamentales, en especial veedurías ciudadanas, que puedan acreditar un interés directo en verdad, justicia y reparación, esto es, por ejemplo las asociaciones deportivas de fútbol si el delito de peculado, celebración indebida de contratos impidió la construcción de los estadios deportivos destinados para las ligas que son miembros de la especie asociación. El interés debe ser directo como en este caso, y no debe ser un interés generalizado y abstracto.

m.-La Contraloría General de la República puede ser víctima en representación de la titularidad de la acción fiscal, sólo si el bien jurídico tutelado con el tipo penal y que fue lesionado mediante la comisión del hecho punible es el patrimonio público de propiedad

de una de las entidades públicas de las señaladas en el artículo 2o de la Ley 80 de 1993, que sean sujetos suya de control y vigilancia fiscal. Evento en el cual, no puede actuar como víctima en el proceso penal acusatorio de manera concurrente con la entidad pública sujeto pasivo del delito; en este caso si la entidad pública no se constituye como víctima y la Contraloría lo desea, puede hacerse reconocer como tal, pero si las dos pretenden hacerse reconocer como tal, el juez deberá aceptar como víctima de las dos a quien lo haya hecho primero en el tiempo, y si lo hacen en la misma audiencia, el juez deberá reconocer a la entidad pública sujeto pasivo del delito de manera preferente, desplazando a la contraloría, pero no podrán estar representado estado como víctima doblemente. La Contraloría General de la República siempre será en este escenario una víctima subsidiaria de la entidad pública sujeto pasivo del delito contra la administración pública, ya que la Contraloría tiene su propia competencia natural y es el proceso auditor y el proceso de responsabilidad fiscal.

n) Si el sujeto pasivo del delito es un entidad pública que sea sujeto de control fiscal de una contraloría territorial, esta podrá hacerse reconocer como víctima en el proceso penal acusatorio, pero siempre que no se haya hecho reconocer la entidad pública, pues esta última siempre desplazará a la entidad de control fiscal que tiene como escenario natural el proceso auditor y el proceso de responsabilidad fiscal para ejercer la titularidad de la acción fiscal.

o. Si el sujeto pasivo del delito contra la administración pública es una entidad sujeto de una contraloría territorial y el bien jurídico tutelado en el tipo penal es de propiedad en su totalidad del ente territorial respectivo, sólo puede actuar como víctima subsidiaria la contraloría territorial y la Contraloría General no podrá hacerlo por cuanto los recursos son del ente territorial ciento por ciento y no de la Nación. Situación distinta es que el patrimonio afectado con la lesión al bien jurídico tutelado en el tipo penal cometido sea

parcialmente de la Nación y la otra parte de un ente territorial, en este evento si la Contraloría General de la República se hace reconocer como víctima, desplaza a la contraloría territorial, pero no pueden actuar las dos como tales en el proceso penal acusatorio, pero si las dos pretenden hacerse constituir como víctimas, puede ocurrir dos circunstancias, así:

-La primera, que antes de la audiencia de imputación en donde las contralorías solicitan al juez de garantías el reconocimiento como víctima, la Contraloría General de la República ejerza el control fiscal excepcional integral , actuación que no solo desplaza a la Contraloría territorial respectiva en el ejercicio del proceso auditor y del proceso de responsabilidad fiscal, sino tambien incluye la facultad de hacerse reconocer como víctima en el proceso penal que se adelante por los mismos hechos. Si el control excepcional es concurrente y comprende la facultad de la Contraloría General de hacerse reconocer como víctima en el proceso penal acusatorio, desplaza automáticamente a la Contraloría territorial. Para ello basta con que se le presente al juez el acto administrativo en virtud del cual se ejerce el control fiscal excepcional.

-Si no se hace uso del control fiscal excepcional, y tanto la Contraloría General como la territorial solicitan al juez el reconocimiento como víctima dentro del proceso penal acusatorio, será el juez quien lo decidirá teniendo en cuenta que ninguna contraloría haya sido reconocida como víctima con anterioridad, así como también deberá tener en cuenta la competencia de la respectiva contraloría para realizar el control fiscal sobre los bienes comprometidos en el delito, esto es, que la Contraloría tendrá el derecho desplazando a la territorial si los recursos son total o parcialmente de la Nación, pero si son en su totalidad del ente territorial, la contraloría del departamento, distrito o municipio desplazará a la Contraloría General y así deberá decidirlo el juez de control de garantías o del

conocimiento según sea el caso o la instancia en donde se solicite el reconocimiento de la calidad de víctima.

p. El garante del contrato, en especial la aseguradora, la fiducia en garantía, el patrimonio autónomo, las empresas en liquidación podrán hacerse reconocer como víctima si el delito del que se ocupa el proceso penal acusatorio, es contra la administración pública y tuvo como objeto material bienes públicos amparados mediante el contrato mercantil de seguros, si afectó directamente fiducias mercantiles, fiducias públicas, fiducias en garantías, patrimonios autónomos, empresas en liquidación y sus acreedores.

q. La aseguradora no será víctima del proceso penal acusatorio cuando el delito contra la administración pública haya sido cometido o tenga la participación de miembros de la aseguradora, bajo cualquiera de las modalidades de autoría y participación, vale decir, autores, coautores, complicidad, interviniente o determinadores; tales como en la expedición de garantías de seriedad del ofrecimiento de propuestas acompañadas de documentos e información falsas o que carecen de datos inexactos o no veraces. Así mismo, cuando en el delito de peculado que recae sobre los bienes recibidos a título de anticipo, la aseguradora tuvo participación en la verificación de las cuentas, en la intervención de los procedimientos administrativos de declaración de los siniestros, defendiendo el proceder del contratista, justificando la inversión indebida del anticipo, así como interviniendo en las negociaciones de las cesiones de los contratos, proponiendo cesionarios etc.

## **8. Organización y objetivos generales de los distintos niveles de organización de la Contraloría General de la República.**

La organización y competencia de las dependencias que conforman la Contraloría General

de la República, se encuentran determinadas en el Decreto-Ley 267 de 2000 *“Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”*.

De acuerdo con ésta norma, la Contraloría se encuentra organizada de conformidad con los siguientes criterios: 1. Especialización sectorial. 2. Tecnificación. 3. Participación ciudadana. 4. Transparencia. 5. Integralidad del control. 6. Simplificación y especialización. 7. Alto nivel profesional. 8. Funcionalidad. 9. Multidisciplinariedad. 10. Delegación. 11. Desconcentración administrativa y financiera. 12. Atención horizontal de funciones por sectores de actividad económica y social. (Art. 9 D. 267 de 2000).

Para el cabal cumplimiento de sus funciones a nivel nacional, la Contraloría General presenta dos niveles de organización; el nivel central, conformado por todas las dependencias con sede en el distrito capital; y el nivel desconcentrado, conformado por las dependencias de la Contraloría General ubicadas fuera de la sede del Distrito Capital y se configura con observancia de los principios de la función administrativa y en los cuales se radican competencias y funciones

Con este criterio, encontramos que según el decreto 267 de 2000 la Contraloría general se encuentra organizada de la siguiente manera:

NIVEL CENTRAL: se encuentra un nivel superior de dirección, conformado así:

1. Contralor General de la República.

Son funciones del Contralor General de la República, además de las atribuciones constitucionales y legales a él asignadas, las siguientes:

1. Fijar las políticas, planes, programas y estrategias para el desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal, del control fiscal del Estado y de las demás funciones asignadas a la Contraloría General de la República de conformidad con la Constitución y la ley.
2. Adoptar las políticas, planes, programas y estrategias necesarias para el adecuado manejo administrativo y financiero de la Contraloría General de la República, en desarrollo de la autonomía administrativa y presupuestal otorgada por la Constitución y la ley.
3. Fijar las políticas, planes y programas para el desarrollo, ejecución y control del sistema presupuestal de la Contraloría General de la República.
4. Dirigir como autoridad superior las labores administrativas y de vigilancia fiscal de las diferentes dependencias de la Contraloría General de la República, de acuerdo con la ley.
5. Llevar la representación legal de todos los asuntos que en el ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad.
6. Ordenar la suspensión inmediata, mientras culminan los procesos penales o disciplinarios a que alude el ordinal 8 del artículo 268 de la Constitución Política.
7. Dictar las normas tendientes a la armonización de los sistemas en materia de vigilancia de la gestión fiscal y los controles y modalidades que corresponda, las que serán de obligatorio cumplimiento y adopción por las contralorías territoriales.

Parágrafo. El Contralor General de la República conocerá en segunda instancia de los procesos de responsabilidad fiscal que conozca en primera instancia, la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, cuando así lo determine aquél en forma general.

### 1.1. Despacho del Contralor General

Corresponde al Despacho del Contralor, con la colaboración y coordinación del Secretario Privado, prestar y suministrar en forma efectiva los servicios de apoyo inmediato que requiera el Contralor General, con el fin de facilitar el ejercicio de sus funciones.

## 1.2. Secretaría Privada.

Coordinar y supervisar la ejecución de las labores del Despacho del Contralor General, conforme a las orientaciones del Contralor, e informarlo periódicamente sobre el desarrollo de las mismas.

Coordinar con las oficinas dependientes del Despacho del Contralor el apoyo que requiera el Contralor General.

Seleccionar los asuntos que se deban llevar al conocimiento directo del Contralor General, según los criterios impartidos por éste, y resolver aquellos para los cuales esté autorizado.

Actuar como secretario de las reuniones, juntas y comités que se efectúen a solicitud del Contralor, cuando éste así lo considere.

Coordinar y dirigir las actividades que se requieran para el manejo del protocolo del Despacho del Contralor General.

Coordinar el cumplimiento de la agenda del Contralor General.

Encargarse de los asuntos o misiones especiales que le sean delegados o encomendados por el Contralor General.

Colaborar, cuando el Contralor General así lo determine, en el seguimiento de las instrucciones que éste imparta y verificar su óptimo y oportuno cumplimiento.



Implantar, en coordinación con la dependencia de informática, los sistemas de información que garanticen agilidad y confiabilidad en los procesos en que interactúan el Despacho del Contralor y la Secretaría Privada.

Vigilar el manejo y la conservación de los bienes muebles asignados al Despacho del Contralor y la Secretaría, y velar por la gestión oportuna ante las dependencias competentes de los servicios administrativos y logísticos que requieran éstas.

Artículo 42, Decreto 267 de 2000

### 1.3. Oficina Jurídica.

Según el Decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 43, son funciones de la Oficina Jurídica:

Asistir al Contralor General y por su conducto a las dependencias de la Contraloría General de la República en el conocimiento y trámite de conceptos, fallos y asesorías de los asuntos jurídicos que les corresponda resolver, bien por ser de su directa competencia, o por delegación de funciones y, en general, en todas las actuaciones que comprometan la posición institucional jurídica de la entidad.

Asesorar al Contralor General y a las dependencias internas de la Contraloría General de la República en la elaboración de los proyectos de ley, decretos o resoluciones que se deban expedir o hayan de someterse al Congreso de la República o al Gobierno Nacional.

Revisar los proyectos de actos administrativos que el Contralor General deba firmar y conceptuar sobre su constitucionalidad y legalidad.

Absolver las consultas que sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General, le formulen las dependencias internas, los empleados

de las mismas y las entidades vigiladas.

Absolver las consultas que formulen las contralorías del nivel departamental, distrital y municipal respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General.

Revisar jurídicamente los proyectos de contratos de los que en forma directa deba conocer el Contralor General o el Vicecontralor.

Proyectar las respuestas de los recursos que el Contralor General deba resolver por la vía gubernativa.

Compilear y concordar las normas legales relacionadas con la vigilancia de la gestión fiscal y la gestión pública, manteniendo actualizado el archivo de las mismas y prestando los apoyos de consulta que requieran en el campo jurídico los funcionarios de la Contraloría General a través de los contralores delegados.

Desarrollar los métodos, procedimientos y gestión de la información jurídica, en coordinación con la dependencia competente en materia de sistemas e informática.

Asesorar jurídicamente al Comité Directivo y los demás que se conformen.

Orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal.

Estudiar y conceptuar sobre las peticiones relacionadas con las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República.

Notificar y comunicar los actos administrativos que en sentido particular expida el Contralor

General de la República.

Asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten.

Representar judicialmente a la Contraloría General de la República ante las autoridades competentes cuando fuere el caso.

Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

Atender y vigilar las tutelas, acciones de cumplimiento, conciliaciones y cumplimiento de sentencias en coordinación con las dependencias comprometidas para su adecuada resolución y por las que deba responder o sea parte la Contraloría General.

Coordinar con cada área responsable la proyección de respuesta a los derechos de petición por los que deba responder en forma directa el Contralor General de la República.

Sustanciar los fallos de segunda instancia de los procesos de responsabilidad fiscal y sancionatorios, así como la revocatoria o nulidades a que haya lugar.

#### 1.4. Oficina de Control Interno.

Según el Decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 44, son funciones de la Dirección de Control Interno:

Asesorar en el diseño del sistema de control interno para la Contraloría General de la República y recomendar su adopción por parte del Contralor General y su posterior desarrollo.

Asesorar al Contralor General en la administración del sistema de control interno, evaluándolo periódicamente y proponiendo los ajustes pertinentes.

Verificar el adecuado funcionamiento del control interno en toda la entidad, para garantizar el acatamiento por parte de la Contraloría General de la República de los principios de la función administrativa de que tratan el artículo 209 de la Constitución Política y la Ley 87 de 1993.

Asistir al Contralor General en el examen objetivo, sistemático y profesional de las operaciones financieras, administrativas y de vigilancia de la gestión fiscal con el fin de evaluar y verificar el ejercicio del control interno en las mismas y preparar el informe correspondiente que contendrá comentarios, conclusiones y recomendaciones.

Asesorar al Contralor General en el estudio del funcionamiento del sistema de control interno en todos los niveles de la organización interna y establecer las responsabilidades de su ejercicio mediante la presentación de informes de los exámenes con análisis imparciales y reales de las operaciones; determinar recomendaciones con el fin de que se adopten las acciones correctivas a que hubiere lugar.

Realizar la evaluación de la eficiencia y la eficacia con que las dependencias de la Contraloría General de la República cumplen sus funciones y objetivos, bien directamente o a través de terceros habilitados legalmente para el efecto.

Proporcionar información, análisis, apreciaciones y recomendaciones sobre los procedimientos y actividades de la administración.

Velar por el adecuado desarrollo de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos, metas, objetivos y estrategias de la Contraloría General de la República y recomendar los ajustes necesarios.

Mantener permanentemente informado al Contralor General de la República y a los directivos, acerca de los niveles de realización del control interno dentro de la entidad, dando cuenta de las debilidades detectadas y fallas en su cumplimiento. Así mismo, velar por que se implanten las recomendaciones formuladas.

### 1.5. Oficina de Control Disciplinario.

Según el artículo 45 del Decreto 267 de 2000, la Oficina de Control Disciplinario de la Contraloría General de la República tiene las siguientes funciones:

Proponer, dirigir y coordinar, de acuerdo con lo estipulado por el Contralor General, las políticas de la Contraloría General para la adecuada aplicación del régimen disciplinario y en especial de la Ley 200 de 1995.

Asumir el conocimiento de las indagaciones preliminares e investigaciones disciplinarias que deban adelantarse contra los empleados de la Contraloría General.

Participar en la formulación de los programas de capacitación y divulgación del régimen disciplinario, la jurisprudencia y la doctrina sobre la materia.

Fijar procedimientos operativos disciplinarios para que los procesos se desarrollen con sujeción a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad y publicidad, buscando así salvaguardar el derecho de defensa y el debido proceso.

Ejercer vigilancia de la conducta de los servidores de la Contraloría General y adelantar de oficio, por queja o información de terceros, las indagaciones preliminares e investigaciones por faltas disciplinarias.

Sustanciar los fallos de segunda instancia de los procesos de responsabilidad disciplinaria, así como

las revocatorias o nulidades de las actuaciones disciplinarias a que haya lugar.

Poner en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, organismos de seguridad del Estado y las demás autoridades judiciales o administrativas, la comisión de hechos presumiblemente irregulares o ilegales que aparezcan en el proceso disciplinario.

Ordenar el archivo de las quejas e investigaciones preliminares cuando aparezca que el hecho investigado no ha existido, que la ley no lo considera como falta disciplinaria o que el funcionario investigado no lo cometió.

Rendir informes sobre el estado de los procesos disciplinarios al Contralor General y a las dependencias competentes cuando así lo requieran.

Asesorar y guiar permanentemente, hasta la culminación del procedimiento, al jefe inmediato del disciplinado, cuando se trate de faltas leves, para la aplicación del procedimiento abreviado de que trata el artículo 170 de la Ley 200 de 1995.

#### 1.6. Oficina de Comunicaciones y Publicaciones.

Según el Decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 46, son funciones de la Oficina de Comunicaciones y Publicaciones:

Asesorar al Contralor General en el manejo de los medios de comunicación.

Registrar visual y gráficamente las actuaciones de los servidores de la Contraloría General, con el objeto de promover y difundir la información relevante.

Asesorar las áreas relacionadas con la ejecución de eventos en los que se requiera resaltar las acciones e imagen de la Contraloría General y propender por la adecuada utilización de la imagen

corporativa de la entidad.

Dar a conocer los adelantos y proyectos de la entidad y preparar informes especiales de acuerdo con el medio de comunicación.

Canalizar la información de la Contraloría General de la República hacia los medios de comunicación masivos en el ámbito nacional y regional, así como ofrecer los elementos de soporte necesarios en los aspectos gráficos, visuales e informativos.

Atender las relaciones periodísticas y públicas con los medios de comunicación.

Redactar, conceptuar, diagramar y circular un medio informativo escrito sobre la marcha de la Contraloría General y los aspectos relevantes de la misma.

Producir y realizar los programas que convengan a la imagen de la Contraloría General y a las necesidades de información de la opinión pública, de acuerdo con las políticas establecidas por el Contralor General de la República sobre el particular.

Asesorar y coordinar las publicaciones periódicas y en general todo lo relacionado con el desarrollo de proyectos editoriales de la Contraloría General de la República.

Planear, dirigir, supervisar y controlar el proceso editorial y de artes gráficas

Supervisar y controlar la calidad de todas las obras impresas de la Contraloría General de la República.

Diseñar y llevar a cabo la diagramación de todo trabajo incluyendo los formatos tipos o fuentes de letra, la disposición de textos, las fotografías, cuadros, las ilustraciones y la realización de todo tipo de carátulas, sin perjuicio de contratar tales servicios si fuere necesario.

Calcular y controlar el costo de producción de las publicaciones realizadas, bajo la orientación de la Gerencia de Gestión Administrativa y Financiera.

## 2. Despacho del Vicecontralor.

Según el artículo 47 del Decreto 267 de 2000, corresponde al Despacho del Vicecontralor, con la colaboración y coordinación del funcionario designado al efecto, prestar y suministrar en forma efectiva los servicios de apoyo inmediato que requiera el Vicecontralor, con el fin de facilitar el ejercicio de sus funciones.

Son funciones son las siguientes:

Asistir al Contralor General en el ejercicio de sus atribuciones y velar, bajo la orientación de éste, por la calidad total de las labores y competencias asignadas a la Contraloría General de la República por la Constitución y la ley.

Asistir al Contralor General en la coordinación, seguimiento, orientación, evaluación y control del manejo y desarrollo de los aspectos técnicos que, en ejercicio de sus atribuciones, desarrolle la Contraloría General de la República.

Velar por la buena marcha de la Contraloría General, por el eficaz desenvolvimiento de su misión constitucional y legal y por el cumplimiento de las instrucciones impartidas por el Contralor General. Representar al Contralor General de la República en todo lo que éste determine y remplazarlo en sus ausencias en los términos dispuestos en el artículo 38 del presente decreto.

Orientar y coordinar las oficinas que dependan directamente de su Despacho.

### 2.1. Oficina de Planeación.



Según el Decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 48, son funciones de la Oficina de Planeación:

Asistir al Contralor General y al Vicecontralor y por su conducto a la entidad, en la formulación y la determinación de las políticas, planes y programas que en materia de vigilancia de la gestión fiscal, de recursos financieros, físicos, humanos y de bienestar social se deban adoptar.

Proponer los planes que permitan orientar el desarrollo y la modernización integral de la Contraloría General de la República.

Asistir a las dependencias competentes en la elaboración de los planes de desarrollo institucional - con base en criterios de gerencia, planeación estratégica, calidad total- y el desarrollo de metodologías que impliquen mayor tecnología y desarrollo científico que permitan que la entidad se adapte fácilmente a los cambios en la Administración Pública.

Asistir y asesorar al nivel superior de la Contraloría General y por su conducto a las dependencias competentes en la definición, la determinación y la elaboración de los planes que en materia de vigilancia de la gestión fiscal deban realizar y hacerles el seguimiento y evaluación a los mismos.

Proponer los indicadores de gestión, en coordinación con todas las dependencias, tendientes a la ejecución de las políticas, los planes y los programas; llevar el sistema de información de los mismos, y diseñar el sistema y las herramientas e instrumentos de seguimiento y evaluación de tales indicadores y del desempeño general de la entidad.

Elaborar los informes de cumplimiento de las políticas, planes y programas en forma periódica y con destino a las autoridades competentes que deban conocer de los mismos.

Realizar directamente -o promover la realización de los estudios e investigaciones necesarias para su elaboración- los planes, programas y proyectos específicos de desarrollo institucional y de vigilancia

de la gestión fiscal que deba realizar la Contraloría General de la República.

Recopilar, tabular y procesar las estadísticas de la Contraloría General de la República que sirvan de base para la elaboración de políticas, planes, programas y proyectos, así como el registro de los organismos y personas sujetas a su vigilancia.

Consolidar el sistema de registro del costo de los recursos humanos, físicos y financieros involucrados en los planes, programas y proyectos que desarrolle la Contraloría General de la República.

Asesorar a la dependencia competente en los asuntos administrativos y financieros en la elaboración del proyecto de presupuesto de la Contraloría General de la República.

Hacer evaluación y seguimiento del desarrollo organizacional de la Contraloría General de la República y proponer sus ajustes.

Efectuar el diseño de los sistemas de información útiles a la toma de decisiones y administrarlo, definiendo y simplificando el manejo de los mismos, propendiendo a la funcionalidad y la pertinencia de la información, según la competencia en su aprovechamiento y la toma de decisiones y coordinando, con la dependencia competente, el desarrollo tecnológico de soporte que sea requerido.

## 2.2. Oficina de Capacitación, Producción de Tecnología y Cooperación Técnica Internacional.

Según el Decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 49, son funciones de la Oficina de Capacitación, Producción de Tecnología y Cooperación Técnica Internacional:

Asistir al Contralor General y por su conducto a la administración de la Contraloría General de la República, en el diseño de la política de capacitación en el área misional.

Definir estrategias para la formación de técnicos, profesionales y especialistas que permitan un alto desarrollo del sistema de vigilancia de la gestión fiscal y un control fiscal moderno, dinámico y altamente técnico que desarrolle una cultura organizacional de servicio con calidad total.

Promover y administrar en forma inmediata el desarrollo de los programas de capacitación del personal de la Contraloría General de la República en el área misional y de los demás organismos de control fiscal.

Desarrollar y promover, en asocio con las dependencias involucradas, la actualización y la implementación de técnicas o metodologías que en materia de vigilancia de la gestión fiscal y en el área misional deba desarrollar la Contraloría General de la República.

Gestionar la realización de estudios, asesorías, apoyos especializados y la prestación de cooperación técnica para el diseño y la implementación de modelos, métodos y procedimientos que permitan armonizar los sistemas de control fiscal de las entidades públicas del orden nacional y territorial, así como evaluar su aplicación y funcionalidad.

Asistir al Contralor General en la celebración y el seguimiento de convenios y en el manejo y coordinación de las relaciones institucionales de la Contraloría General de la República en cooperación internacional y en el desarrollo de tecnologías inherentes a las áreas misionales de la entidad.

### 2.3. Oficina de Sistemas e Informática.

Sus funciones son:

Asistir al Contralor General y por su conducto a la administración de la Contraloría General de la República, en el desarrollo de los sistemas, normas y procedimientos de informática requeridos por las dependencias de la entidad.

Elaborar los diseños de programas, la codificación y las otras tareas requeridas para la programación de reportes y cómputo de información.

Determinar las tecnologías y técnicas requeridas para la recolección, el procesamiento y la emisión de información.

Establecer los controles sobre utilización de equipos y verificar la calidad del trabajo que se realice sobre los mismos.

Asesorar en el procesamiento de la información que requieran las diferentes dependencias de la Contraloría General de la República.

Realizar investigaciones para diseñar y sugerir la utilización óptima de equipos electrónicos, de los sistemas y del software.

Realizar estudios que permitan determinar la factibilidad técnica y económica de sistematizar las aplicaciones que requiera la Contraloría General de la República.

Realizar o participar técnicamente en los procesos de contratación tendientes al análisis, diseño y programación de las aplicaciones que vayan a ser sistematizadas.

Elaborar los diferentes manuales de aplicación ajustados a las normas existentes.

Realizar el mantenimiento adecuado a los programas de computación para satisfacer los cambios en las especificaciones de los sistemas.

Establecer los controles necesarios para llevar el historial de las modificaciones que se efectúen en los programas o aplicaciones.

Velar por la seguridad del acceso a las instalaciones donde se encuentren los equipos electrónicos.

Definir las prioridades y prestar los servicios de cómputo que se requieran.

Dictaminar sobre requerimientos de mantenimiento y conservación de los equipos por las diferentes dependencias y garantizar las reparaciones correspondientes.

3. Contraloría Delegada para el Sector Agropecuario; Contraloría Delegada para el Medio Ambiente; Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía; Contraloría Delegada para el Sector de Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional; Contraloría Delegada para la Gestión Pública e Instituciones Financieras ;y Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana

Las contralorías delegadas sectoriales comparten las mismas funciones de manera general, pero cada una divididas en Direcciones con funciones distintas cada unas. Según el decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 51, son funciones de las Contralorías Delegadas Sectoriales:

Responder ante el Contralor General por la vigilancia fiscal integral en todas sus etapas y dimensiones en las entidades pertenecientes a su respectivo sector.

Dirigir la evaluación de los sistemas de control interno en las entidades de su respectivo sector y proponer los correctivos necesarios para garantizar su óptimo funcionamiento.

Adelantar las actuaciones preliminares relacionadas con la responsabilidad fiscal hasta la etapa de apertura de la investigación, que deberá iniciar la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios

Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

Dirigir los estudios y validar los conceptos sobre el comportamiento de la gestión fiscal del sector de vigilancia que a cada delegada corresponda, con énfasis en lo que tenga relación con la gestión del Plan de Desarrollo Económico, Social y Ambiental

Dirigir y definir los estudios integrales de su respectivo sector, con el fin de orientar eficazmente la vigilancia fiscal de manera articulada y bajo la orientación técnica de la Contraloría Delegada de Economía y Finanzas Públicas.

Suscribir convenios de desempeño resultantes de las auditorías organizacionales con las entidades objeto de su vigilancia fiscal, dentro del sector correspondiente, efectuando el seguimiento sobre su cumplimiento, de acuerdo con el reglamento y sin perjuicio del adelanto de los juicios de responsabilidad fiscal por la autoridad competente o la adopción de otras medidas inherentes al ejercicio de la vigilancia fiscal.

Vigilar el desarrollo de los convenios de desempeño de que trata la Ley 489 de 1998.

Exigir informes sobre la gestión fiscal de los servidores públicos, de las entidades del sector respectivo y sobre los particulares que ejerzan funciones o administren fondos o recursos de naturaleza pública.

Imponer, en los términos establecidos en el artículo 101 de la Ley 42 de 1993 y en el Decreto 111 de 1996, las sanciones de amonestación escrita o multa hasta de cinco (5) salarios mensuales devengados por el sancionado, a los sujetos pasivos de la vigilancia fiscal cuando incumplan las instrucciones o términos establecidos por cada contraloría o impidan u obstaculicen en cualquier forma el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Coordinar con la Contraloría Delegada del Medio Ambiente y la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana todos los aspectos que permitan la articulación adecuada de la vigilancia

fiscal, el control social y el medio ambiente; acatando las orientaciones técnicas que en la materia establezcan dichas contralorías y colaborando eficazmente para que dicha Contralorías, cumplan sus cometidos.

Articular la información, los estudios, el análisis y los resultados de su vigilancia fiscal con la Contraloría Delegada de Economía y Finanzas Públicas.

Responder por los resultados e informes de vigilancia fiscal en su respectivo sector, sin perjuicio de la facultad de revisión de los mismos por parte del Contralor General; adelantar directamente y de oficio las acciones, las denuncias y las demás actuaciones que correspondan con el objeto de garantizar la transparencia, la eficiencia y la eficacia de la vigilancia fiscal.

Proponer al Contralor General las políticas, los planes, los programas y las prioridades que deban establecerse para el ejercicio de la vigilancia fiscal en su sector y responder en todo el territorio nacional por el cumplimiento y buen desempeño de los indicadores y las metas acordadas en el proceso anual de planificación que sean de la responsabilidad de dicha delegada.

Definir conjuntamente con la Contraloría Delegada de Economía y Finanzas Públicas y la Oficina de Planeación las fuentes de información que deberán compartir, los flujos de la información, las materias de análisis, investigación y de resultados relevantes de su vigilancia fiscal, observando como principio rector la simplificación y racionalización de las exigencias de información y evitar la duplicidad de solicitudes que de la misma se realicen a los sujetos pasivos de la vigilancia fiscal.

Contribuir al desarrollo de metodologías estandarizadas, técnicas, transparentes y eficaces para el ejercicio de la vigilancia fiscal y solicitar explícitamente los apoyos y orientaciones requeridos para el efecto a la Oficina de Capacitación, Producción de Tecnología y Cooperación Técnica Internacional.

Coordinar con las Direcciones que la integran, con la Gerencia Departamental respectiva y con los grupos de vigilancia fiscal la propuesta de políticas, planes, programas y prioridades para el ejercicio de la vigilancia fiscal; establecer explícitamente la responsabilidad de cada cual en el cumplimiento de

las metas y los indicadores de gestión y desempeño que se hubiere identificado y garantizar su cumplimiento en acuerdo con ellas.

Contribuir a la definición de los procesos y procedimientos de vigilancia fiscal que se regirán de acuerdo con los principios de la función administrativa del artículo 209 de la constitución política.

Delegar, en todo aquello que no sea materia de delegación por parte del Contralor General a la Contraloría Delegada, la dirección de vigilancia fiscal, las funciones que garanticen el adecuado, eficaz y eficiente ejercicio de la vigilancia fiscal, especialmente aquellas contempladas en los numerales 3,7 y 8 aquí señalados

Responder los derechos de petición concernientes al campo de sus actuaciones.

Ordenar que las licitaciones públicas o concursos de méritos abiertos por los sujetos pasivos de su vigilancia y control fiscal se adjudiquen en audiencia pública, conforme a lo previsto en los artículos 273 de la Constitución Política, 108 de la Ley 42 de 1993, el numeral 10 del artículo 30 de la ley 80 de 1993.

Ejercer vigilancia sobre la gestión pública y el buen desempeño de las autoridades administrativas en el desarrollo de los principios y definiciones básicas consagradas al respecto en la Ley 489 de 1998.

Responder por el control interno en lo de su competencia, como parte del sistema que en esta materia se establezca en la Contraloría General y coordinarse con la dependencia responsable de la materia.

Efectuar los pronunciamientos y ejercer la vigilancia que corresponda, en lo relativo al control de la contratación de urgencia manifiesta de la entidades asignadas a su sector, en los términos dispuestos en el artículo 43° de la Ley 80 de 1993 y las demás disposiciones sobre la materia.

### 3.1. Dirección de Vigilancia Fiscal.

Según el decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 52, son funciones de las Direcciones de Vigilancia



Fiscal:

Dirigir en forma inmediata el proceso de vigilancia fiscal y garantizar el cumplimiento de las metas y los indicadores de desempeño establecidos en la planeación anual.

Evaluar el cumplimiento de los principios de gestión y administración consagrados en la Ley 489 de 1998 y en especial de los planes y políticas de desarrollo administrativo.

Dirigir en forma inmediata la evaluación de la calidad y la eficiencia del control interno de las entidades del respectivo sector e imprimirle orientación técnica a la misma.

Proponer los convenios de desempeño resultantes de las auditorías organizacionales con las entidades controladas y hacer el seguimiento de los mismos de acuerdo con el reglamento que al respecto establezca el Contralor General de la República.

Dirigir, coordinar, controlar y disponer lo necesario para ejecutar las auditorías y responder por la eficacia y articulación de las mismas con la Contraloría Delegada de Economía y Finanzas Públicas en la de su competencia, bajo la orientación de la Contraloría Delegada de su respectivo sector.

Elaborar metodologías, sistemas técnicos y procedimientos que contribuyan a la estandarización, eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal para que sean adoptados por las autoridades competentes.

Solicitar a la Oficina de Capacitación, Producción de Tecnología y Cooperación Técnica Internacional, el apoyo para el diseño del sistema de vigilancia fiscal.

Responder ante el Contralor Delegado del respectivo sector por la dirección de la ejecución de las auditorías, de la revisión de cuentas y de las indagaciones del sector respectivo.

Responder en coordinación con la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, por las indagaciones que deban adelantarse como resultado de las auditorías realizadas.

Cooperar con la Contraloría Delegada en la orientación y conducción Institucional, en la coordinación interna con otras dependencias de la Contraloría General en los aspectos relativos al control fiscal y en la coordinación externa con los entes vigilados.

### 3.2. Dirección de Estudios Sectoriales.

Según el decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 53, son funciones de las Direcciones de Estudios Sectoriales:

Dirigir los estudios de seguimiento y evaluación del desempeño de la gestión fiscal con respecto al Plan de Desarrollo Económico, Social y Ambiental, en lo pertinente a su respectivo sector, bajo la orientación de la Contraloría Delegada de Economía y Finanzas Públicas y del Contralor Delegado del Sector correspondiente.

Dirigir los estudios sectoriales en materia organizacional, de gestión, fiscales y de política pública, establecer las limitaciones propias del sector o sistema administrativo respectivo y formular propuestas y recomendaciones de tipo macrosectorial.

Dirigir los estudios sobre el sistema nacional de control interno y la forma como éste se desarrolla en el respectivo sector

Estudiar y conceptuar sobre la eficiencia en el cumplimiento de los principios de la función administrativa de las reformas administrativas sectoriales.

Proponer, en coordinación con la Oficina de Planeación, indicadores de tipo sectorial que permitan evaluar el desempeño de las políticas públicas y la intervención del estado en el sector respectivo, evaluar los resultados de estos indicadores y el cumplimiento de las metas respectivas.

Elaborar estadísticas sectoriales útiles en la conceptualización del desempeño fiscal, administrativo, institucional y de políticas públicas.

Elaborar los mapas de riesgo correspondientes al sector para orientar las acciones prioritarias de vigilancia fiscal.

Orientar en una perspectiva sectorial la identificación de los problemas que resulten de la gestión de las entidades públicas y su presencia en los niveles administrativos, organizacionales, fiscales y financieros, de forma que la Contraloría Delegada, a través de la Dirección de Vigilancia Fiscal, pueda elaborar un mapa sectorial de riesgos que le permita priorizar sus intervenciones y contextualizar con una visión integral el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Aportar la información sectorial necesaria para el desarrollo de las funciones de la Contraloría Delegada de Economía y Finanzas Públicas, en particular para los temas macro de naturaleza fiscal y de desempeño económico de los sectores.

### 3.3. Dirección de Atención Ciudadana.

Según el decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 56, son funciones de la Dirección de Atención Ciudadana:

Recepcionar, evaluar, hacer seguimiento e informar sobre todos los aspectos relacionados con las denuncias ciudadanas relativas al ejercicio de la vigilancia fiscal.

Encauzar las consultas y denuncias ciudadanas de competencia de otros organismos de control e investigación y velar por que éstos hagan lo mismo con los asuntos propios de las atribuciones de la Contraloría General de la República.

Administrar el sistema de recepción de consultas y denuncias ciudadanas relacionadas con la vigilancia fiscal.

Organizar, actualizar, difundir y administrar la red nacional de información ciudadana para la vigilancia fiscal.

Apoyar, en los temas de su competencia, a los demás niveles de vigilancia fiscal para garantizar una eficaz acción ciudadana que contribuya a la vigilancia de la gestión fiscal.

Difundir a través de los canales idóneos, con orientación de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana y con sujeción a lo que el Contralor General de la República establezca al respecto, los resultados de las investigaciones y juicios con origen en denuncias ciudadanas.

Las demás que le asigne la ley.

### 3.4. Dirección de Promoción y Desarrollo del Control Ciudadano.

Según el decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 57, son funciones de la Dirección de Promoción y Desarrollo del Control Ciudadano:

Organizar y desarrollar programas de promoción, sensibilización y divulgación, que potencien la participación ciudadana y su contribución a la vigilancia fiscal.

Promover y apoyar la organización de veedurías de la gestión pública, sin perjuicio del apoyo que en esta materia consagren otras disposiciones legales.

Promover investigaciones orientadas a identificar o generar políticas públicas alrededor de la participación ciudadana en el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Organizar y desarrollar programas de formación de veedores para que contribuyan en el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Gestionar programas de capacitación para los ciudadanos interesados en las metodologías y en las

técnicas de participación y vigilancia de la gestión pública con consideración de los recursos que para el efecto destine la Contraloría General de la República y si es el caso, a través de programas conjuntos con organizaciones públicas, privadas, nacionales o internacionales.

Difundir los resultados del seguimiento al uso de los recursos estatales destinados a la participación ciudadana y a los programas de emergencia y desastres.

Gestionar recursos internacionales para la formación y la participación ciudadana en el apoyo a la vigilancia fiscal en coordinación con las dependencias competentes en el tema de cooperación internacional.

Promover espacios de deliberación pública alrededor de las experiencias de participación ciudadana en el control fiscal y difundir las experiencias exitosas desarrolladas en el país.

#### 4. Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

Según el decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 58, son funciones de la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva:

Definir las políticas sobre investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva que debe desarrollar la Contraloría General de la República.

Preparar y difundir el Boletín de Responsables Fiscales y definir los términos y las condiciones en que las contralorías del nivel territorial informaran sobre los fallos de responsabilidad proferidos en el ámbito de su jurisdicción.

Crear grupos de asuntos especiales en temas de su competencia.

Dirigir los procesos de investigación, juicios fiscales y jurisdicción coactiva a que haya lugar como producto del ejercicio de la vigilancia fiscal, incluso por control excepcional, de acuerdo con las

actuaciones preliminares adelantadas por las contralorías delegadas y los grupos auditores habilitados para el efecto, en el caso del control excepcional.

Decidir sobre la pertinencia de constituirse en parte civil a nombre de la Contraloría General de la República en los procesos penales en que ello sea necesario.

Vigilar que las entidades obligadas a ello por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995, se constituyan en parte civil en los procesos penales respectivos, aplicar las sanciones y adelantar los procesos de responsabilidad fiscal a que haya lugar cuando ello no ocurra. En caso de que la entidad obligada a constituirse en parte civil no lo hiciere, sin perjuicio de las consecuencias contempladas en este numeral, la Contraloría General de la República podrá hacerlo en su lugar.

Adoptar, de acuerdo con lo dispuesto por el Contralor General, los planes y programas de investigaciones, juicios fiscales y jurisdicción coactiva que deba adelantar la Contraloría Delegada, las Direcciones a su cargo y los grupos de acciones jurídicas seccionales.

Adelantar, conforme a las competencias que se establezcan, los juicios fiscales y los procesos de jurisdicción coactiva en primera instancia.

Adelantar la segunda instancia de los juicios fiscales y los procesos de jurisdicción coactiva cuya primera instancia haya sido surtida por las Direcciones de Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

Llevar el registro de los juicios de responsabilidad fiscal adelantados por la Contraloría General de la República y las estadísticas de fallos con responsabilidad, proferidos por las contralorías del orden territorial.

Promover la celebración de convenios con otros organismos de control del Estado para optimizar el ejercicio del control en el desarrollo de procesos sancionatorios y de responsabilidad fiscal.

Coordinar, con la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, la defensa de los intereses de la Nación en los procesos judiciales con origen en procesos de responsabilidad fiscal o

de cobro coactivo.

Promover, ante la autoridad competente, la apertura de procesos penales por los posibles delitos que se deriven de las acciones de responsabilidad fiscal.

Coordinar con las dependencias competentes de la Contraloría General de la República, cuando se obtengan hallazgos de las auditorías que así lo ameriten, el adelanto de las actuaciones preliminares relacionadas con la responsabilidad fiscal hasta la etapa de apertura de la investigación.

Responder los derechos de petición que traten temas que correspondan al campo de sus actuaciones.

Adelantar los procesos sancionatorios de su competencia.

#### 4.1. Dirección de Investigaciones Fiscales.

Según el Decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 59, son funciones de la Dirección de Investigaciones Fiscales:

Diseñar de acuerdo con el despacho de la Contraloría Delegada a la que pertenece, los planes y programas que sobre investigaciones fiscales deben adelantar la Dirección y los Grupos de Juicios Fiscales Departamentales.

Desarrollar planes y programas de seguimiento y evaluación a las investigaciones adelantadas por la Dirección y los Grupos de Investigaciones.

Diseñar y proyectar los convenios para la adopción de planes de investigación a ser desarrollados con otros organismos de control del Estado que suscriba el Contralor General de la República.

Programar, dirigir y ejecutar las investigaciones fiscales que conforme a las competencias establecidas

deba desarrollar la Dirección.

Coordinar, controlar y hacer seguimiento a las facultades de Policía Judicial por parte de los funcionarios investigadores de la Contraloría General de la República.

#### 4.2. Dirección de Juicios Fiscales.

Según el Decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 60, son funciones de la Dirección de Juicios Fiscales:

Diseñar de acuerdo con la Contraloría Delegada a la que pertenece, los planes y programas que sobre juicios fiscales que deban adelantar la Dirección y los Grupos de Juicios Fiscales Departamentales.

Desarrollar planes y programas de seguimiento a los procesos de responsabilidad fiscal que adelante la misma Dirección y los Grupos de Juicios Fiscales Departamentales

Adelantar conforme a las competencias que se establezcan, los juicios fiscales en primera instancia.

Adelantar la segunda instancia de los juicios fiscales que desarrollen los Grupos de Juicios Fiscales Departamentales.

Remitir a la Dirección de Jurisdicción Coactiva las providencias ejecutoriadas para dar inicio a las acciones de cobro coactivo.

Mantener actualizada una base de datos de la jurisprudencia en materia de juicios administrativos de responsabilidad fiscal que permita unificar los criterios al interior de la Contraloría General y coordinar su análisis con la Oficina Jurídica de la Contraloría General.

Evaluar periódicamente las causas que originen fallos judiciales adversos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa para tomar los correctivos necesarios.



#### 4.3. Dirección de Jurisdicción Coactiva.

Según el Decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 61, son funciones de la Dirección de Jurisdicción Coactiva:

Diseñar los planes y programas que sobre cobro coactivo deban desarrollar la Dirección y los Grupos de Jurisdicción Coactiva Departamentales.

Adelantar los procesos de cobro coactivo

Elaborar las listas de auxiliares de la justicia que puedan intervenir en los procesos de jurisdicción coactiva adelantados por la Contraloría General de la República

Conocer en segunda instancia de los procesos de jurisdicción coactiva que conozcan los Grupos de Jurisdicción Coactiva del nivel desconcentrado.

#### 5. Contraloría Delegada para Economía y Finanzas Públicas

Según el decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 62, son funciones de la Contraloría Delegada para Economía y Finanzas:

Elaborar los informes mensuales y anuales de ejecución sobre el presupuesto general de la Nación y del sector público que le corresponden a la Contraloría General de la República según la Constitución Política y las Leyes

Dirigir y coordinar las acciones y tareas para la elaboración de la certificación sobre las finanzas del Estado.

Dirigir y coordinar la realización de estudios en materia macroeconómica y de política fiscal

Dirigir y coordinar la elaboración del informe mensual y anual sobre la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro.

Dirigir y coordinar la consolidación de los resultados de la evaluación de gestión realizados en la CGR.

Dirigir y coordinar el informe sobre la auditoria del balance general de la Nación.

Desarrollar y garantizar la difusión de las metodologías para la evaluación de las finanzas públicas.

Dirigir la evaluación contable y económica de las entidades públicas consolidadas.

Dirigir y consolidar el diseño, la elaboración, la depuración, análisis y la conservación de las estadísticas fiscales del sector público.

Dirigir y coordinar el proceso de registro de la deuda pública nacional y territorial y la consolidación para elaborar los informes mensuales y anuales sobre la materia y elaborar las certificaciones respectivas.

Coordinar las prácticas de auditoria a los registros, balances y demás estados financieros producidos por el Contador General y solicitar las correcciones del caso.

Propiciar la normalización y consolidación de estadísticas fiscales con otras entidades del Estado y demás dependencias de la CGR que produzcan información pertinente.

## 5.1. Dirección de Estudios Macroeconómicos.

Según el decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 63, son funciones de la Dirección de Estudios

## Macroeconómicos:

Participar en la elaboración de la certificación sobre la situación de las finanzas públicas.

Participar en la elaboración de los informes mensuales y anuales sobre presupuesto de la Nación y del sector público que le corresponden a la Contraloría General de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes, y en aquellos que determine el Contralor General o el Vicecontralor.

Realizar estudios sobre el impacto macroeconómico y regional de las finanzas públicas.

Evaluar la coyuntura fiscal, monetaria y cambiaria y sus interacciones.

Evaluar el efecto de la acción del Estado sobre la distribución del ingreso, la asignación eficiente de los recursos, el crecimiento económico, el desarrollo sostenible y la estabilidad.

Efectuar el análisis sobre el comportamiento mensual de los ingresos y los gastos del Gobierno Central, y de manera trimestral los gastos e ingresos del sector público consolidado.

Analizar y medir el impacto de la política fiscal sobre las variables económicas.

Participar en la evaluación del impacto de la política fiscal en las economías nacional y territorial.

Analizar y evaluar la política económica en el contexto del Plan Nacional de Desarrollo y de los Proyectos de Presupuesto Anual.

Asesorar en los asuntos de su competencia al Contralor General y al Vicecontralor.

## 5.2. Dirección de Cuentas y Estadísticas Fiscales.

Según el decreto 267 del 22 de febrero de 2000, artículo 64, son funciones de la Dirección de Cuentas y

## Estadísticas Fiscales:

Coordinar y desarrollar la contabilidad de la ejecución del Presupuesto General de la Nación.

Elaborar informes mensuales sobre la ejecución del Presupuesto General de la Nación.

Elaborar la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro.

Dirigir la proyección de los certificados de registro de la deuda pública, para la firma del Contralor.

Elaborar informes anuales y mensuales sobre la deuda pública.

Participar en la elaboración del informe financiero, mensual y definitivo relacionado con las finanzas públicas nacionales.

Asesorar al Contralor General, en temas relacionados con la ejecución

presupuestal, la deuda pública y la cuenta del Tesoro.

Programar, coordinar, dirigir y asignar los trabajos de auditoria al balance general, de la hacienda, y del tesoro; a los demás estados financieros preparados por la Contaduría General y a las demás dependencias competentes.

Elaborar, con destino a la firma del Contralor General de la República, el informe de auditoria con dictamen u opinión sobre la razonabilidad de las cifras que presentan los estados financieros preparados por el Contador General y custodiar el archivo permanente de los papeles de trabajo que

soportan el informe y el dictamen.

Designar, para aprobación del Contralor Delegado de Economía y Finanzas Públicas, las comisiones que deben practicar auditoria a los responsables de la información financiera y a los registros de ejecución presupuestaria en los diferentes organismos y entidades ejecutoras del presupuesto nacional.

Practicar la auditoria a las reservas presupuestales y a los certificados de disponibilidad de los excedentes de rentas que van a servir de base para la apertura de créditos adicionales al Presupuesto Nacional.

Coordinar, proyectar, dirigir, diseñar y asignar los trabajos y estudios para la elaboración y la compilación de la Estadística Fiscal del Estado y su publicación, y las técnicas y metodologías para el cálculo de las diferentes clases de déficit o superávit del sector público consolidado como elemento básico de la certificación de las finanzas públicas.

Coordinar, con las demás dependencias de la Contraloría General de la República, el flujo de las diferentes estadísticas a fin de constituirse en el banco de datos fiscales de la Contraloría General de la República.

Asesorar, en calidad de banco de datos fiscales de la Contraloría General de la República, en el uso de su información y de sus estadísticas a la persona que lo requiera.

Coordinar el estudio sobre el cálculo del porcentaje promedio ponderado de la remuneración de los servidores de la administración central, que sirva de base para determinar el reajuste anual de los miembros del Congreso.

Asesorar al Contralor General de la República y al Vicecontralor en materia de estadística fiscal.

NIVEL DESCONCENTRADO

## 2. Gerencia Departamental.

Sus competencias y funciones son las siguientes:

1. Ejercer la dirección administrativa y financiera de la organización administrativa desconcentrada de la Contraloría en los términos de la delegación que en esta materia les conceda el Contralor General.
2. Representar a los Contralores Delegados y al Contralor General en su respectivo departamento en los asuntos de enfoque, orientación y resultados de la vigilancia fiscal.
3. Supervisar los grupos de auditores y las actividades del jefe auditor en su respectivo Departamento.
4. Atender directamente los asuntos confiados a la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana en su respectivo departamento y responder por ello ante el respectivo Contralor Delegado.
5. Velar por el buen funcionamiento del sistema de control interno de la Contraloría General en su organización desconcentrada en el departamento que corresponda.
6. Participar en la definición de las políticas, planes y programas de vigilancia fiscal que deban emprenderse por parte de las Contralorías Delegadas en el departamento en el cual operan y velar por su cumplida ejecución en los términos en que se aprueben.

## 19. Grupos Delegados de Vigilancia Fiscal

## 20. Grupos de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

Según el artículo 73 del Decreto 267 de 2000, la Contraloría General de la República realizará de forma desconcentrada, con presencia departamental y municipal, y conforme a las disposiciones constitucionales y legales, la vigilancia y el control fiscal de las entidades públicas, mixtas o privadas que manejen fondos o

bienes de la Nación.

Siempre que se requiera, cada Contraloría Delegada, atendiendo criterios técnicos, tendrá un equipo de auditores en cada departamento, el cual estará coordinado por un jefe auditor o quien haga sus veces, de conformidad con lo dispuesto en el decreto de nomenclatura de empleos y en el régimen de personal de la Contraloría General.

Formarán parte del grupo auditor departamental funcionarios de la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

## **9. Funciones de Policía Judicial de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales.**

Las Contralorías por intermedio de sus funcionarios, se encuentra facultada por la ley para realizar funciones de investigación, para lo cual deben estar debidamente comisionados y en tal virtud cumplirán funciones de policía judicial. De esta manera, tenemos que la Ley 906 de 2004, actual Código de Procedimiento Penal, establece los órganos que ejercen funciones de policía judicial, estableciendo que hay unos que la ejercen de manera permanente, otros de manera transitoria pero con carácter especial dentro de las competencias que cumpla cada órgano señalado en la norma. El artículo 271 constitucional dispone que los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la contraloría también tendrán valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y el juez de garantías y/o de conocimiento en el proceso penal acusatorio.

El artículo 10 de la Ley 42 de 1993, dispone que los servidores públicos de las contralorías que realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad

de policía judicial, para lo cual además de las facultades contenidas en la Ley 906 de 2004, cuentas con las siguientes:

1.- Adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado; 2. Coordinar sus actuaciones con la Fiscalía General de la Nación; 3. Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las indagaciones o investigaciones en trámite, inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado, sin que al respecto le sea oponible reserva alguna; 4. Denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución.

Para lo anterior, las Contralorías deberán expedir los correspondientes actos administrativos que invisten de manera específica y concreta a los servidores públicos que de manera transitoria tienen facultades de policía judicial, acto en el cual deben señalar el término, actuación, alcance, facultades, caso concreto y además deben estar dirigidos para el efecto por la Fiscalía General de la Nación. El acto expedido por el Contralor respectivo no puede otorgar competencias y funciones de policía judicial a determinados servidores públicos de manera indefinida y generalizada para todas las actuaciones, puesto que las funciones de policía judicial de las Contralorías no son permanentes, sino transitoria y específicas para casos concretos y en todo caso bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación, y en el caso que las medidas de policía judicial impongan límites al ejercicio de las garantías, libertades y derechos fundamentales deben tener la autorización previa del juez de garantías correspondiente, pues *“La policía judicial es el poder jurídico y la función pública de Estado para práctica diligencias tendientes a verificar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal, fiscal o*



*disciplinaria, si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio ha llegado a conocimiento de las autoridades; para la conservación y aseguramiento de la información y medios de pruebas útiles para establecer y esclarecer el carácter punible, disciplinable o constitutivo de daño patrimonial público, y para identificar a los autores o partícipes del hecho punible o a los responsables disciplinaria o fiscalmente”.*

Bajo este entendido, el artículo 202 de la Ley 906 de 2004, establece que ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 2. La Contraloría General de la República.

En este punto es importante resaltar, que la norma sólo está facultando a la Contraloría para que ejerza funciones de policía judicial dentro del ámbito de sus competencias; es decir dentro de las funciones propias de este ente de control, y en ningún caso se puede entender que en cumplimiento de esta función la Contraloría pueda subrogar funciones de otros entes de control que igualmente cumplen funciones de policía judicial.

De esta manera tenemos que de conformidad con la Ley 610 de 2000, los servidores de las contralorías que realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad de policía judicial.

Para este efecto, además de las funciones previstas en el Código de Procedimiento Penal, tendrán las siguientes:

- 1. Adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado.*

*2. Coordinar sus actuaciones con las de la Fiscalía General de la Nación.*

*3. Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las indagaciones o investigaciones en trámite, inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado, sin que al respecto les sea oponible reserva alguna.*

*4. Denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución.*

Ahora bien, como ya expresamos, la ley ha determinado que órganos cumplen funciones de policía judicial, pero la Constitución en el artículo 250 numeral 8o, establece como función de la Fiscalía la de dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley. De esta manera, en cumplimiento del precepto constitucional, la Ley 906 de 2004 en el artículo 117, estableció que *“los organismos que cumplan funciones de policía judicial actuarán bajo la dirección y coordinación de la Fiscalía General de la Nación, para lo cual deberán acatar las instrucciones impartidas por el Fiscal General, el Vicefiscal, los fiscales en cada caso concreto, a los efectos de la investigación y el juzgamiento”*, estableciendo seguidamente que *“la omisión en el cumplimiento de las instrucciones mencionadas constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, penal, disciplinaria y civil del infractor. En todo caso, el Fiscal General de la Nación o su delegado, bajo su responsabilidad, deberá separar de forma inmediata de las funciones que se le hayan dado para el desarrollo investigativo, a cualquier servidor público que omita o se extralimite en el cumplimiento de las instrucciones dadas”*.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional igualmente ha expresado que las funciones de policía judicial deben cumplirse bajo la dirección de la Fiscalía General de la Nación y en ese sentido ha expresado:

*Encontramos así la noción de Policía Judicial como el conjunto de autoridades que colaboran con los funcionarios judiciales en la investigación de los delitos y en la captura de los delincuentes. No se trata de dos especies de un género común, sino que la Policía Judicial es una denominación que se emplea para aludir a las fuerzas de policía en cuanto dirigen su actividad para preparar la función represiva de los funcionarios judiciales (fiscales y jueces de la República). Por eso, la concepción moderna de la Policía judicial es la de un cuerpo que requiere la aplicación de principios de unidad orgánica y, sobre todo, de especialización científica y que actúa bajo la dirección funcional de los fiscales o los jueces.*

*La Constitución Política en el numeral 3° del artículo 250 establece como función de la Fiscalía General de la Nación la de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la policía nacional y los demás organismos que señale la ley y como función especial del Fiscal General se encuentra la de otorgar atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir misiones de policía judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación (art. 251.4 CP).*

Dicho lo anterior, tenemos que las contralorías para el cumplimiento de sus funciones se encuentran subordinadas y coordinadas en sus actuaciones a la Fiscalía General de Nación según el caso, y a las decisiones de los jueces de garantías, pues los funcionarios de las contralorías que ejerzan funciones de policía judicial de manera especial deben coordinar sus actuaciones con la Fiscalía General, dando cumplimiento a lo establecido

en el numeral 2° del artículo 16 de la Ley 610 de 2000, como también a los dispuesto sobre la materia en el código de procedimiento penal, y con la intervención de la Fiscalía deben solicitar ante el juez de garantías las correspondientes autorizaciones judiciales en los casos que se requiera, o con la autorización de la Fiscalía en los casos en que esta tenga tal potestad con la posterior legalización de los hallazgos ante el juez correspondiente.

En ese mismo sentido, los funcionarios de las contralorías sea por asignación de competencia o por delegación de la misma, en el ejercicio de estas funciones, deben cumplir con lo dispuesto en el Manual Único de Policía Judicial, que en lo atinente a esta facultad, establece que es la *“atribución que tienen los servidores de la Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, autoridades de tránsito, entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, alcaldes e inspectores de Policía; para realizar actividades de apoyo a la investigación penal en actuaciones que se desprendan de la función que por naturaleza corresponde a cada entidad. En desarrollo de ésta función, entre otros: recaudará información, realizarán entrevistas, recolectarán EMP y EF, aplicarán la cadena de custodia y procedimientos pertinentes en el marco de las atribuciones señaladas por ley a cada organismo.*

*En este sentido, cuando estos servidores en ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de una conducta delictiva, recaudarán la información pertinente y los EMP y EF encontrados, rendirán “Informe Ejecutivo” (FPJ3) a la Fiscalía General de la Nación, indicando en forma concreta los hallazgos, para que esta asuma la coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de la actuación. Así mismo, el fiscal del caso podrá ordenar la colaboración en campos específicos según requerimientos y condiciones de la investigación”.*

**10. De los términos que conceden las Contralorías a los sujetos de control fiscal para suministrar los documentos de trabajo, actuaciones e información para**

## **el ejercicio del proceso auditor.**

De conformidad con las funciones constitucionales otorgadas a las Contralorías sobre la vigilancia de la gestión fiscal, y específicamente la contenida en el numeral 4° del artículo 267 de la Constitución Política, en el sentido de *“exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación”*, los contralores y funcionarios de las Contralorías encargados de adelantar las auditorías pueden solicitar a las entidades toda la información que requieran en desarrollo de sus actividades de vigilancia fiscal.

Concordante con la disposición constitucional, la Ley 42 de 1993, en los artículos 99 a 104, establece las sanciones aplicables mediante el procedimiento del proceso administrativo sancionatorio, en ciertos eventos, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

Los contralores podrán amonestar o llamar la atención a cualquier entidad de la administración, servidor público, particular o entidad que maneje fondos o bienes del Estado, cuando consideren, con base en los resultados de la vigilancia fiscal que han obrado contrariando los principios establecidos en el artículo 9 de la presente Ley, así como por obstaculizar las investigaciones y actuaciones que adelanten las Contralorías, sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar por los mismos hechos. Artículo 100 Ley 42 de 1993(Subrayado es nuestro)

Los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes no comparezcan a las citaciones que en forma escrita las hagan las contralorías; no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas; incurran reiteradamente en errores u omitan la

presentación de cuentas e informes; se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas; de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida; no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías; no cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello. Artículo 101 Ley 42 de 1993 (subrayado es nuestro).

Los apartes resaltados de los artículo anteriores, imponen una obligación a los sujetos de control fiscal, pero sobre las mismas no se establece ni se desarrolla de modo reglamentario por las Contralorías dentro de que términos se debe absolver las consultas realizadas por ella realizadas, lo que ha llevado a que los funcionarios de los órganos de control fijen términos diferentes dependiendo de la información que requiera para cada caso.

Pero ésta situación particular ha contribuido, a que estos servidores públicos en ocasiones, s impongan a la administración-sujeto de control fiscal-, términos perentorios que no resultan razonables con el carácter de la información solicitada; es decir, exigen que se les responda hasta en términos de un (1) día hábil solicitudes que comprenden información con un alto grado de dificultad para su compilación.

Cuando la norma indica que *“no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas”*, se entiende que la palabra oportunamente quiere indicar que esta información debe presentarse dentro del término indicado por el ente de control, pero la misma norma no señala un término, y no podría hacerlo, pues este debe obedecer a las circunstancias de cada caso en particular. Lo que significa, que debe haber un juicio de razonabilidad y

proporcionalidad en el servidor público que ejerce el proceso auditor en la medida en que debe valorar la información y/o documentación que solicita, su complejidad y el término que se requiere para su recaudo, preparación y entrega. Esto a veces es producto de los tiempos reducidos de los procesos auditores, en donde el equipo auditor para cumplir con el cronograma de la auditoría reduce los términos del sujeto de control, tanto como entregar la información y/o documentos que se solicite como los tiempos para presentar los descargos del informe preliminar, como los términos para la discusión en mesa de trabajo para la discusión del mencionado informe previo.

Ahora bien, ese término no debe obedecer al capricho, discrecionalidad o arbitrariedad del servidor público de la Contraloría, pues un Estado Social de Derecho, democrático y participativo, jamás deja inerme a una persona titular de derechos fundamentales a merced de la arbitrariedad de un servidor público. Pues, sucede en algunos casos que el equipo auditor frente a la víspera del vencimiento del término para terminar la auditoría otorgan plazos pocos razonables para que el sujeto de control facilite cierta información, bajo la amenaza de un proceso administrativo sancionatorio.

Por el contrario, soy de los que afirma que estos plazos deben obedecer a una proporcionalidad y razonabilidad entre la información solicitada y el término otorgado para presentarla, de lo contrario, los funcionario de la contraloría estarían en curso en un posible abuso de poder. Todo esto daría lugar a que el servidor público del control fiscal estaría incurso en una falta disciplinaria por abuso de autoridad, abuso de poder, desviación de poder y de extralimitación de funciones, entre otras faltas; pero podría provocar la acción penal del Estado por delitos contra la administración pública, de justicia, la fe pública, y contra el patrimonio público si hubiere lugar, por estar comprometido otros bienes que el estado pretende proteger.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **DE LAS CONTRALORIAS TERRITORIALES COMO TITULARES DE LA POTESTAD DEL CONTROL Y VIGILANCIA DE LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES, DEL PROCESO AUDITOR Y DE LA ACCIÓN FISCAL**

Habiendo estudiado la estructura organización y funcionamiento de de la Contraloría General de la República como órgano de control fiscal en Colombia, pasamos ahora a hacer un estudio de las Contralorías territoriales estudiando su fundamento, facultades, competencias y demás aspectos relacionados con el régimen de estas contralorías.

#### **1.- Fundamentos constitucionales de las contralorías territoriales.**

La Constitución Política de Colombia en su artículo 272 señala que La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. Lo anterior indica, que tanto la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, son de creación y existencia constitucional, mientras que las contralorías municipales, son creadas por los respectivos concejos municipales, por disposición constitucional, y por autorización de la ley, para aquellos municipios de categoría especial, primera y segunda con mas de cien mil habitantes, mientras que el control fiscal de los municipios de segunda categoría con población inferior a cien mil habitantes y los municipios de sexta categoría estarán a cargo de las contralorías



departamentales., por disposición del artículo 21 de la Ley 617 de 2000, que señala:

*“Artículo 21. Creación y supresión de Contralorías distritales y municipales. El artículo 156 de la Ley 136 de 1994, quedará así:*

*"Artículo 156. Creación y supresión de Contralorías distritales y municipales. Unicamente los municipios y distritos clasificados en categoría especial y primera y aquellos de segunda categoría que tengan más de cien mil (100.000) habitantes, podrán crear y organizar sus propias Contralorías.*

*Las contralorías de los municipios y distritos a que se refiere el inciso anterior deberán suprimirse cuando se establezca la incapacidad económica del municipio o distrito para financiar los gastos de funcionamiento del órgano de control fiscal, refrendada por la Contaduría General de la Nación.*

*Parágrafo. En los municipios o distritos en los cuales no haya Contraloría municipal, la vigilancia de la gestión fiscal corresponderá a la respectiva Contraloría departamental. En estos casos no podrá cobrarse cuota de fiscalización u otra modalidad de imposición similar a los municipios o distritos.*

En cada departamento o municipio corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el tribunal de lo contencioso-administrativo, que tenga jurisdicción en el departamento, distrito o municipio al que pertenezca la correspondiente contraloría territorial. En donde al igual

que el Contralor General, ningún contralor territorial, podrá ser reelegido para el período inmediato, es decir, está constitucionalmente prohibida la reelección de tanto del Contralor General como de los territoriales.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

Al respecto el profesor Jorge Enrique Ibáñez Najjar, define las Contralorías territoriales como *“entidades del orden territorial, sin personería jurídica, que pertenecen a la estructura de los departamentos, los distritos o los municipios, según el caso, con autonomía administrativa, financiera y técnica para el cumplimiento de las funciones de control sobre la gestión fiscal de la administración departamental, distrital o municipal, respectivamente”*

Nótese además, que la Constitución otorgó a las contralorías territoriales la misma autonomía administrativa, presupuestal y contractual con la que cuenta la Contraloría General de la República, igualdad que se extiende hasta las funciones, por la simetría que existe entre las facultades con las que cuentan los órganos territoriales frente a las ejercidas por la Contraloría General de la República.

Concepto que ha sido desarrollado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de la siguiente manera:

*“Las contralorías y personerías gozan de autonomía administrativa y presupuestal. La autonomía presupuestal consiste en la capacidad para ordenar el gasto en función de la*

*ejecución del presupuesto (decreto 360 de 1995 artículo 98). Por autonomía administrativa debe entenderse el desempeño de sus funciones de manera independiente y sin injerencia extraña de otra entidad, órgano o funcionario.*

*La autonomía presupuestal de las contralorías (...) implica que la ordenanza o el acuerdo de presupuesto, según se trate de contraloría departamental, distrital o municipal, debe señalar directamente los recursos indispensables para cubrir los gastos de funcionamiento de la entidad durante la vigencia fiscal; de donde se deduce que, según la Constitución estos recursos no pueden consistir en porcentajes de los presupuestos de las entidades descentralizadas municipales, sino en guarismos específica y directamente asignados en el presupuesto para el funcionamiento de la correspondiente Contraloría (...) En consecuencia, la autonomía presupuestal de las contralorías municipales y distritales exclusivamente consiste en que los recursos asignados para los gastos de la correspondiente entidad se deben administrar sin ninguna injerencia extraña*

## **2. Facultades constitucionales y legales de las contralorías territoriales.**

Conforme a lo señalado en el mencionado artículo 272 de la Constitución, las contralorías territoriales ejercen en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República; de igual manera el artículo 244 del decreto 1222 de 1986, en su inciso segundo, señala que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a las contralorías municipales.

Así mismo, el artículo 9 de la ley 330 de 1996 dispone como atribuciones de los Contralores departamentales:

-Prescribir, teniendo en cuenta las observaciones de la Contraloría General de la República, los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables de manejos de fondos o bienes departamentales y municipales que no tengan Contraloría e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

-Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del Erario bajo su control y determinar el grado de eficiencia, eficacia, y economía con que hayan obrado.

-Llevar un registro de la deuda pública del departamento, de sus entidades descentralizadas y de los municipios que no tengan Contraloría.

-Exigir informes sobre su gestión fiscal a los servidores públicos del orden departamental o municipal, y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes del departamento y municipio fiscalizado.

-Establecer las responsabilidades que deriven 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.

-Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del orden departamental y municipal bajo su control.

-Presentar a la Asamblea Departamental un informe anual sobre el estado de los

recursos naturales y del ambiente.

-Promover ante las autoridades competentes, las investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales, departamentales y municipales. La omisión de esta atribución los hará incurrir en causal de mala conducta.

-Presentar anualmente a la Asamblea Departamental y a los Concejos Municipales, un informe sobre el estado de las finanzas de las entidades del departamento a nivel central y descentralizado, que comprenda el resultado de la evaluación y su concepto sobre la gestión fiscal de la administración en el manejo dado a los fondos y bienes públicos.

-Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la Asamblea Departamental.

-El incumplimiento de lo prescrito en el artículo 2o., inciso 2o. de la Ley 27 de 1992, es causal de mala conducta.

-Realizar cualquier examen de auditoría, incluido el de los equipos de cómputo o procesamiento electrónico de datos, respecto de los cuales podrá determinar la confiabilidad y suficiencia de los controles establecidos, examinar las condiciones del ambiente de procesamiento y adecuado diseño del soporte lógico.

-Realizar las visitas, inspecciones e investigaciones que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.

- Evaluar la ejecución de las obras públicas que se adelanten en el departamento.

Auditar el balance de la hacienda departamental para ser presentado a la Asamblea Departamental.

- Elaborar el proyecto de presupuesto de la Contraloría y presentarlo al Gobernador dentro de los términos establecidos por la ley para ser incorporado al proyecto de presupuesto anual de rentas y gastos.

- Remitir mensualmente a la Contraloría General de la República la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, para efectos de incluirlos en el boletín de responsabilidades.

Por su parte, la ley 136 de 1994 en su artículo 165 señala las siguientes atribuciones para las Contralorías distritales y municipales:

- Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficacia y eficiencia con que hayan obrado éstos, conforme a la reglamentación que expide el Contralor General de la República.

- Llevar un registro de la deuda pública del distrito o municipio de sus entidades descentralizadas conforme a la reglamentación que expida la Contraloría General de la República.

- Exigir informes sobre su gestión fiscal a los servidores públicos del orden

municipal y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos y bienes de la respectiva entidad territorial.

-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, todo ello conforme al régimen legal de responsabilidad fiscal.

-Aprobar los planes de cuentas de las entidades sometidas a su control y vigilancia y conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno en las mismas. Los planes de cuentas deberán ceñirse a la reglamentación que expida el Contralor General de la República.

-Presentar anualmente al Concejo un informe sobre el estado de las finanzas de la entidad territorial, a nivel central y descentralizado, acompañado de su concepto sobre el manejo dado a los bienes y fondos públicos.

-Proveer mediante los procedimientos de la carrera administrativa, los empleos de su dependencia y reglamentar los permisos y licencias de conformidad con la ley.

-Realizar cualquier examen de auditoría, incluido el de los equipos de cómputo o procesamiento electrónico de datos respecto de los cuales podrá determinar la confiabilidad y suficiencia de los controles establecidos, examinar las condiciones del ambiente de procesamiento y adecuado diseño del soporte lógico.

-Realizar las visitas, inspecciones e investigaciones que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.

-Evaluar, la ejecución de las obras públicas que se adelanten en el territorio del distrito o municipio.

-Auditar y conceptuar sobre la razonabilidad y confiabilidad de los estados financieros y la contabilidad del municipio.

-Elaborar el proyecto de presupuesto de la Contraloría y presentarlo al alcalde, dentro de los términos establecidos en esta Ley, para ser incorporado al proyecto de presupuesto anual de rentas y gastos. El alcalde no podrá modificarlo. Una vez aprobado el presupuesto no podrá ser objeto de traslados por decisión del alcalde.

Con respecto a la importancia y el valor probatorio de las investigaciones que adelantan las contralorías distritales y municipales, el inciso final del mencionado artículo les reconoce pleno valor probatorio ante la Fiscalía General de la Nación y los jueces competentes.

### **3. De las competencias para el ejercicio del control fiscal territorial.**

Frente a este aspecto es importante señalar que, como anota el Profesor Uriel Alberto Amaya Olaya, la Corte Constitucional ha precisado que *“el control fiscal es una función pública encargada en forma exclusiva a la Contraloría General de la República, las Contralorías departamentales,*



*distritales y municipales, salvo los requisitos que la ley 136 de 1994 establece para los municipios con el fin de crear sus propias contralorías, caso en el cual si se cumplen, la competencia radica en la Contraloría departamental”.*

Con relación a la competencia de los órganos de control fiscal a nivel territorial, frente a la de la Contraloría General de la República, conserva en cabeza de esta última la competencia de llevar el registro de los funcionarios sancionados como consecuencia de sus actuaciones, atribuyendo para esos efectos a los contralores distritales o municipales el deber de remitir mensualmente la relación de los funcionarios sancionados. Así mismo, subordina a las contralorías municipales, distritales y departamentales a las normas generales que dicte el Contralor General de la República acerca de los sistemas de control fiscal, en uso de la atribución contenida en el artículo 268 de la Constitución Política. Igualmente faculta a las contralorías municipales para que puedan celebrar convenios con la Contraloría General de la República y con la correspondiente contraloría departamental, a efecto de ejercer el control fiscal de las entidades o dependencias nacionales o departamentales que cumplan actividades dentro del municipio.

Frente a los límites de las contralorías distritales y municipales, el artículo 166 de la mencionada ley, limita a los contralores distritales o municipales para la asistencia a las juntas directivas y consejos de administración que operen en el municipio, reservando esa potestad únicamente a aquellos eventos en los cuales hayan sido expresamente invitados con fines específicos.

Frente a la participación de la comunidad en el ejercicio del control fiscal que adelantan las contralorías distritales y municipales el artículo 167 *Ibíd*, impone a los organismos de control fiscal el deber de vincular a la comunidad en la realización de su gestión fiscal sobre

el desarrollo de los planes, programas y actividades que realice la entidad fiscalizada, para que ella a través de los ciudadanos y de los organismos de participación comunitaria, pueda garantizar que la función del Estado esté orientada a buscar beneficios de interés común, que ayuden a valorar que sus contribuciones estén siendo dirigidas en búsqueda de beneficio social.

Como se puede observar, distinto a lo que sucede con la Contraloría General de la República y con las contralorías distritales y municipales, para el caso de las contralorías departamentales no se cuenta con una regulación que contenga el régimen o estatuto de estas contralorías. Sin embargo como lo señala el artículo 156 de ley 136 de 1994 en los municipios en los que no haya Contraloría, la vigilancia de la gestión fiscal corresponderá a la respectiva Contraloría departamental, conforme a las normas constitucionales, la Ley 42 de 1993, Ley 610 de 2000, Ley 617 de 2000, Ley 330 de 1996, y las Ordenanzas de las Asambleas Departamentales, y los reglamentos autónomos que expidan los contralores departamentales.

#### **4. Requisitos legales para la creación de contralorías municipales.**

El artículo 156 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 2 de la ley 617 de 2000, ha señalado que únicamente los municipios y distritos clasificados en categoría especial y primera y aquellos de segunda categoría que tengan más de cien mil (100.000) habitantes, podrán crear y organizar sus propias Contralorías.

Para tal efecto debe señalarse que por disposición del artículo 320 de la Constitución política, la ley podrá establecer diversas categorías de municipios, de acuerdo a su población, recursos fiscales, importancia económica y situación geográfica, y señalar distinto

régimen para su organización, gobierno y administración; correspondiéndole al Concejo la facultad de organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas, dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

En desarrollo de la anterior norma constitucional la mencionada ley clasificó los municipios, señalando que:

*Son de categoría especial.* Todos aquellos distritos o municipios con población superior o igual a los quinientos mil uno (500.001) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales superen cuatrocientos mil (400.000) salarios mínimos legales mensuales.

*De primera categoría.* Todos aquellos distritos o municipios con población comprendida entre cien mil uno (100.001) y quinientos mil (500.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a cien mil (100.000) y hasta de cuatrocientos mil (400.000) salarios mínimos legales mensuales.

*De segunda categoría.* Todos aquellos distritos o municipios con población comprendida entre cincuenta mil uno (50.001) y cien mil (100.000) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a cincuenta mil (50.000) y hasta de cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales.

Razón por la cual solo los municipios con las características señaladas anteriormente pueden tener sus propias Contralorías municipales o distritales, según el caso, quedando la vigilancia de la gestión fiscal de aquellos que no opten por esta vía así como las que no pueden, al control de la respectiva Contraloría Departamental.

## **5.- Calidades, postulación, elección y régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los contralores territoriales.**

Como lo señalamos en el capítulo correspondiente a la Contraloría General, para dar cabal cumplimiento a las funciones encomendadas a la Contraloría, los entes territoriales como personas jurídicas de derecho público se valen de sujetos para garantizar su funcionamiento, razón por la cual es deber del Estado garantizar el principio de transparencia frente a la elección de estos funcionarios, fijando un régimen para surtir este trámite y frente a las inhabilidades e incompatibilidades de estas personas para desempeñar el cargo de Contralor en el nivel territorial.

Los contralores departamentales, distritales y municipales, serán elegidos por las Asambleas Departamentales y los concejos distritales y municipales, para periodos no reelegibles de cuatro años, de terna integrada por dos candidatos presentados por el Tribunal Superior de distrito judicial y uno por el Tribunal Administrativo, que tengan jurisdicción en el municipio, distrito o departamento donde el contralor territorial realizará el control fiscal.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades, dado el carácter taxativo de las causales que constituyen estos impedimentos, será el que expresamente señale la Constitución Política, La Ley 136 de 1994, la Ley 617 de 2000, y para el caso de los contralores departamentales, la Ley 330 de 1996.

### **5.1. Calidades y requisitos de los contralores territoriales.**

Por disposición constitucional, para ser elegido contralor departamental, distrital o

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

Al respecto la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del artículo 68 de la ley 42 de 1993, declaró inexecutable la parte que señalaba los títulos universitarios que podía acreditar el aspirante a Contralor de una entidad territorial, con el fundamento de que esta disposición era limitante del derecho político al acceso a los cargos públicos, al imponer su interpretación restrictiva, considerando que no podía el legislador, calificar la exigencia contemplada en la Constitución política, que se limita a exigir título universitario, para agregar una restricción adicional, sobre la misma causal diseñada por el constituyente, que la hiciera más restrictiva del derecho fundamental señalado, tal como fue señalado en apartes anterior para el Caso del Contralor General de la República.

Para el caso de los contralores territoriales, no podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

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

## **5.2. Periodo de los contralores territoriales.**

El inciso cuarto del artículo 272 de la Constitución Política, dispone que los contralores

territoriales sean elegidos por la Asamblea o el Concejo para un periodo igual al del gobernador o alcalde según el caso. Disposición que fue reproducida en el artículo 158 de la ley 136 de 1994, para el caso de las contralorías municipales y distritales, y por el artículo 5 de la ley 330 de 1996 para el caso de los contralores departamentales.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-060 de 1998 señaló que la unificación que se hace en el artículo 272, inciso 4º, de la Constitución Política del período del contralor departamental con el del gobernador, además de determinar la igualdad en relación con el tiempo de duración en el ejercicio del cargo de ambos funcionarios, trajo consigo una coincidencia en cuanto hace al inicio del período, a fin de hacer viable la entrada en vigencia del precepto constitucional, sin perjuicio de la configuración de circunstancias que interrumpan el desarrollo normal del período pertinente, las cuales son constitutivas de faltas absolutas del titular del cargo, como la renuncia, la destitución o la muerte del funcionario, entre otras, previamente señaladas en el ordenamiento jurídico vigente.

Consecuente con lo anterior, dicha regulación no impone una fecha de iniciación idéntica de períodos, sino una similitud y concomitancia frente a la duración y ejercicio de la gestión administrativa del gobernador y la función de control fiscal del contralor departamental.

Por ello, si se admitiera el criterio (...) según el cual el período del contralor departamental y el gobernador deben indefectiblemente comenzar al mismo tiempo, se llegaría a la absurda conclusión que la duración en el cargo por dichos funcionarios sería interdependiente, compartiendo la misma suerte, en forma tal que, en el caso de revocarse el mandato al jefe de la administración departamental y convocarse a nuevas

elecciones para escoger a su sucesor, habría, de igual manera, que terminar el período del contralor departamental en ejercicio de su cargo y adelantar una elección en el seno de la asamblea departamental, lo que a todas luces resulta contrario al ordenamiento jurídico superior, en especial, al principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre la exactitud y rigidez de las formas, en desmedro del derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

De igual manera el inciso quinto del mencionado artículo 272 de la Carta política, señala que ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato, disposición que fue reproducida en el artículo 158 de la ley 136 de 1994 y en el 5 de la ley 330 de 1996.

### **5.3.- Sistema de postulación para la integración de la terna y elección de los contralores territoriales por parte de los concejos municipales, distritales y de las asambleas departamentales.**

Por disposición del inciso 4 del artículo 272 de la Constitución política, corresponde a las Asambleas departamentales y a los Concejos municipales y distritales elegir al contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

La ley 136 de 1994, dispone en su artículo 158 que la elección del contralor municipal se realizará por el Concejo dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero respectivo, de ternas integradas con no menos de un (1) mes de antelación, con dos (2) candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno (1) por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que ejerza jurisdicción en el respectivo municipio. Igualmente la ley 330 de 1996 en su artículo 5 señala idéntico procedimiento dentro de los mismos términos para la elección del Contralor Departamental.

Al respecto la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la anterior norma indicó:

*"El procedimiento para efectuar la elección de servidores públicos y en el caso concreto de los contralores departamentales, y la potestad para fijar la fecha en que ella debe realizarse, corresponde al legislador, pues la Constitución no previó tal señalamiento.*

*De ahí que, al establecerse en el inciso 2o. del artículo 4o. de la Ley 330 de 1996 la oportunidad dentro de la cual las asambleas deberán elegir a los contralores departamentales, se ejerció una atribución en virtud de la cláusula general de competencia legislativa, sin que ello signifique (...) una modificación del período constitucional para el desempeño de las funciones de titular del control fiscal en el respectivo departamento.*

*De otro lado, acorde con las normas superiores, cabe agregar que el legislador, en ejercicio de la potestad legislativa, puede determinar la fecha en que la asamblea departamental, una vez integrada formalmente, al momento de iniciar sus labores y dentro del primer período de sesiones, proceda a llevar a efecto la elección del respectivo contralor".*

Así mismo con relación a la conformación de la respectiva terna la Sala de Consulta y Servicio Civil el 24 de septiembre de 1997, por solicitud del Ministerio del Interior conceptuó indicando lo siguiente:

El hecho de que no exista tribunal superior de distrito Judicial en el departamento (...) no faculta, en modo alguno, al tribunal contencioso administrativo de dicho departamento para conformar, íntegramente, las ternas respectivas para contralores,



departamentales y municipales, pues éstas deben elaborarse así:

*"Para contralores municipales: dos candidatos postulados por el tribunal superior de distrito judicial. Si en el departamento existen dos tribunales, los dos nombres serán presentados por aquel que ejerza jurisdicción en el respectivo municipio. Si aún no hubiere tribunal superior, los dos nombres serán dados por el tribunal superior que, de conformidad con la división territorial del país para efectos judiciales en la jurisdicción ordinaria, tenga jurisdicción en dicho municipio. El tercer candidato será enviado por el tribunal contencioso administrativo del respectivo departamento.*

*Para contralores departamentales: dos candidatos presentados por el tribunal superior del distrito judicial. Si hubiere dos tribunales superiores, cada uno presentará candidato para conformar la terna. Si no hubiere tribunal superior en el departamento, los dos candidatos serán presentados por el tribunal que, de acuerdo con la división judicial territorial, tenga jurisdicción en dicho departamento. El otro integrante de la terna será presentado por el tribunal contencioso administrativo del departamento".*

#### **5.4 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los contralores territoriales.**

Como señalamos en el capítulo anterior, en la parte referente a las inhabilidades e incompatibilidades de la Contraloría General, las inhabilidades e incompatibilidades hacen parte de un régimen especial aplicable a los funcionarios públicos, con el objeto de controlar ciertos riesgos sociales de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, de manera tal que se impide que la función pública se vea afectada por tratos discriminatorios hacia los administrados, garantizando su ejercicio de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Teniendo en cuenta que estos conceptos así como la descripción de las generales que le son aplicables a todos

los funcionarios públicos, ya fueron desarrolladas en el capítulo correspondiente a la Contraloría General República, en este capítulo solo estudiaremos las especiales que le son aplicables a los Contralores territoriales, de acuerdo al régimen y normas que los cobijan.

#### **5.4.1. Inhabilidades e incompatibilidades de los Contralores departamentales**

Para la postulación y elección del Contralor departamental el artículo 6 de la ley 330 de 1996, indica que &\$no podrá ser elegido Contralor quien:

- Haya sido Contralor de todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular;
- Haya sido miembro de los Tribunales que participaron en su postulación, dentro de los tres años anteriores;
- Durante el último año haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia;

Con relación a esta causal la Corte Constitucional en Sentencia C-147 de 1998, respecto de las inhabilidades para ser Contralor departamental, señaló:

*“ la razón para restringir el acceso al desempeño como contralor departamental, por haber ejercido el candidato funciones públicas con anterioridad a la postulación, en los ordenes territoriales mencionados y en el año inmediatamente anterior a la elección que efectúa la correspondiente asamblea departamental (C.P., art. 272), está dirigida a impedir el ingreso de personas que, de alguna forma,*

*tuvieron la oportunidad, los medios y las prerrogativas propias del ejercicio de funciones públicas, para incidir en su favor en una elección o nominación posterior, con clara violación del principio de igualdad de condiciones entre los demás postulantes (C.P., art. 13), y en detrimento de la prestación eficaz, moral, imparcial y pública de la función administrativa (C.P., art. 209), así como neutralizar la posibilidad de que se produzca un autocontrol de la gestión fiscal realizada”.*

*“La Corte coincide con la Vista Fiscal en que los anteriores criterios jurisprudenciales se aplican plenamente en el presente caso, pues si es legítimo que se inhabilite para ser contralor departamental a quienes se desempeñaron en el año anterior como servidores públicos distritales o municipales, con mayor razón se debe concluir que es válido que quienes hayan ocupado, en ese mismo lapso, cargos públicos en el orden departamental, no puedan ser contralores departamentales por la injerencia que pueden tener en la elección y por la posibilidad de terminar controlando sus propias actuaciones precedentes. Igualmente, la excepción establecida por la norma, según la cual la inhabilidad no se aplica para los casos de docencia, es constitucional, no sólo porque tiene un fundamento razonable sino, además, por cuanto la propia Carta la prevé. En efecto, el artículo 272 superior excluye expresamente la docencia como causa de inhabilidad para acceder al cargo de contralor departamental”.*

-Quien sea o haya sido miembro de la Asamblea en el último año;

-Estarán igualmente inhabilitados quienes en cualquier época hayan sido condenados penalmente a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.

Frente a esta causal la Corte Constitucional en Sentencia C-509 de 1997 señaló que *“la causal de inelegibilidad de una persona para el cargo de contralor departamental, por concurrir en ella una condena penal previa a una pena privativa de la libertad por delitos comunes, salvo los políticos y culposos,*

*no configura una restricción exagerada e irracional de los derechos fundamentales que aparecen involucrados con el ejercicio de funciones y cargos públicos, como son los de igualdad, participación política, trabajo, y escogencia y ejercicio de profesión y oficio. Consignada la referida causa como una calidad personal del candidato que aspira a ser elegido como contralor departamental, y consagrada como una condición sine qua non a fin de generar la confianza y legitimidad necesaria que labor de vigilancia del manejo de los recursos públicos requiere, no resulta aceptable que la misma esté sujeta a graduaciones en el tiempo para su aplicación”.*

*"El inciso primero del artículo en mención dispone además que no se podrá nombrar en algún cargo de la Contraloría a los Diputados y a los Magistrados que hubieren intervenido en la postulación y elección del Contralor, al cónyuge, compañero o compañera permanente de los mismos y a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Así mismo con relación a quienes postulan y eligen al Contralor, el inciso final del artículo señalado, dispone que estos en ningún caso podrán intervenir en su postulación o elección si respecto de los candidatos se hallan dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.*

Frente a las personas que hayan ocupado en propiedad el cargo de Contralor Departamental, salvo la docencia les prohíbe desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento o ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, sino un año después de haber cesado en sus funciones.

#### **5.4.2. Régimen de Inhabilidades de los contralores municipales.**

Por su parte el artículo 163 de la ley 136 de 1994, &\$ contiene el régimen de inhabilidades de los Contralores municipales disponiendo que 3no podrá ser elegido Contralor, quien:

- Haya sido Contralor o Auditor de la Contraloría Municipal en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado;
- Haya sido miembro de los tribunales que hagan la postulación o del Concejo que deba hacer la elección, dentro de los tres años anteriores;
- Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y párrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable.

Con relación a esta causal, la Corte Constitucional en sentencia C-367 de 14 de agosto de 1996, declaró exequible el literal “c” del artículo 163 de la ley 136 de 1994, indicando al respecto:

*“El Constituyente con la consagración expresa de dos inhabilidades precisas para los contralores municipales sólo trata de asegurar un mínimo régimen de inhabilidades para tales funcionarios, sin excluir la posible ampliación de tal régimen a través del desarrollo legal. Dentro de la facultad que tiene el legislador para regular el ejercicio de la función pública se encuentra la posibilidad de establecer un régimen legal y general de inhabilidades de un grupo determinado de servidores públicos, y tal facultad es la que se desarrolla en el artículo demandado. Es admisible constitucionalmente que el legislador prevea para el contralor municipal inhabilidades adicionales a las establecidas. La norma constitucional al indicar que la ley establecerá las demás calidades requeridas para ser elegido contralor municipal no se refería únicamente a las positivas, sino también a las negativas, pues no distinguió entre ellas y dentro de las calidades o requisitos negativos se encuentran a las inhabilidades”.*

Así mismo el Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero de 2003, tomando como fundamento la anterior providencia, por el efecto erga monees que la misma reviste, señaló:

*“la inhabilidad establecida en el artículo 95, numeral 2, de la ley 136 de 1994 (...) según el cual no puede ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien como empleado público, sin distingos, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido jurisdicción en el respectivo municipio, no es inhabilidad para ser contralor municipal, en lo que pugna con el artículo 272, inciso séptimo, de la Constitución, según el cual, conforme al criterio expresado, no puede ser elegido contralor municipal quien en el último año haya ocupado cargo público del orden municipal, salvo la docencia. (...) [Teniendo en cuenta que] los cargos de los órganos judiciales son del orden nacional, en tanto pertenecientes a la rama judicial del poder público (...) el cargo de Magistrado que el señor Óscar Giraldo Jiménez desempeñó en el Tribunal Administrativo de Antioquia, que es del orden nacional, no lo inhabilitaba para ser elegido Contralor del municipio de Medellín”.*

De esta manera y de acuerdo a lo señalado en el artículo 95 de la ley 136 de 1994 para el contralor municipal se consagra la siguiente inhabilidad:

-Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

-Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

-Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

-Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en

el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

-Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección."

#### **5.4.3. Régimen de Incompatibilidades de los contralores municipales.**

El artículo 164 de la ley 136 de 1994, dispone que respecto de los contralores municipales además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas en los artículos 96 y 97 de esta Ley, en lo que les sea aplicable, no podrán desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones; de esta manera además les es incompatible:

-Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con el respectivo municipio, con sus entidades públicas o privadas que manejen o administren recursos públicos provenientes del mismo.

-Tomar parte en las actividades de los partidos sin perjuicio de ejercer el derecho al sufragio.

-Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.



-Intervenir, en nombre propio o ajeno, en procesos o asuntos, fuera del ejercicio de sus funciones, en los cuales tenga interés el municipio, distrito, o sus entidades descentralizadas.

-Ser apoderado o gestor ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, o que administren tributos.

-Desempeñar simultáneamente otro cargo o empleo público o privado.

Inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA COMO ÓRGANO AUTÓNOMO DE VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN DE LAS CONTRALORÍAS**

La Institución de la “Auditoría General de la República” surge con el *Artículo 274* de la Constitución Política, la cual se encargaría de fiscalizar la gestión que adelantan las Contralorías General de la República y las departamentales, distritales y municipales donde existan, las cuales realizan el Control Fiscal a toda la gestión de las entidades del Estado y de los particulares que manejen o administren fondos del Estado. Pues antes de la Constitución de 1991, los Contralores General y territoriales se auditaban ellos mismos, a través de auditores de su libre nombramiento y remoción. Por ello, el constituyente decidió crear la Auditoría General de la República en la Constitución de 1991, como órgano autónomo e independiente, que de conformidad con el artículo 17, numeral 12 del Decreto Ley 272 de 2000, ejerce la vigilancia fiscal a la gestión de la Contraloría General de la

República, departamentales, distritales y municipales en aquellos municipios de categoría especial, primera y de segunda superiores a cien mil habitantes, a donde los concejos municipales las hayan creado.

En relación a los departamentos, La Ley 330 de 1996, dispuso en su artículo 10, lo siguiente:

*Artículo 10°. Vigilancia de la gestión fiscal de las Contralorías Departamentales. La vigilancia de la gestión fiscal de las Contralorías Departamentales será ejercida por la Auditoría ante la Contraloría General de la República.*

Esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-110 de 1998, *“Del simple texto del artículo 274 Superior, es claro que el Constituyente no limitó, en manera alguna, la facultad que él mismo le dio al Congreso de la República, para fijar la manera de ejercer la vigilancia de las contralorías departamentales, distritales y municipales, razón por la cual no se entiende por qué no hubiera podido el legislador encargar dicha tarea, en el nivel departamental, al Auditor de la Contraloría General de la República. Ahora, ¿por qué la función del Auditor, a que se refiere el inciso primero del artículo 274 constitucional, no es taxativa como lo supone el actor? Pues por la sencilla razón, ya expresada por el representante del Ministerio de Hacienda, de que dicha norma no pretende regular las atribuciones del Auditor, sino establecer la forma en que se vigilará la gestión fiscal de las contralorías en los diferentes niveles territoriales, a saber: a nivel nacional, por el Auditor de la Contraloría General de la República, y a nivel seccional y local (departamentos, distritos y municipios), en la forma que disponga la ley”*.

En el mismo fallo establece la Corte, que *“por el simple hecho de que el Constituyente regule directamente cierta materia, no le está vedado al legislador intervenir en ella y menos cuando, por el*

*contrario, ha sido expresamente delegado para ello, como sucede sin lugar a duda con el inciso segundo del artículo 274 Superior, en donde se permite la regulación de la vigilancia de las contralorías departamentales, distritales y municipales por el Congreso, sin limitación alguna, por lo cual es claro que no le prohibió, como equivocadamente lo sostiene el demandante, encomendarle dicha gestión al Auditor de la Contraloría General de la República. Por último, observa la Corte que el demandante está desconociendo abiertamente una regla de hermenéutica jurídica aún vigente en nuestro ordenamiento, según la cual “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”<sup>2</sup>, regla que por referirse concretamente a la ley, no se estima inaplicable para disposiciones constitucionales.*

*En efecto, el demandante pretende llegar a una supuesta intención del Constituyente que, vale decir, no se deriva ni de la ubicación del artículo 274 dentro de la Carta Política, ni de la materia que regula, vista sistemáticamente y menos de su texto, el cual claramente encarga al legislador, como antes quedó sentado, la forma de llevar a cabo la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías departamentales, distritales y municipales. Además, si bien es cierto que el artículo 113 Superior, establece la división de las distintas competencias de los órganos estatales, la verdad es que de ella no se puede sacar la conclusión a que llega el demandante, en el sentido de que cuando el Constituyente determina funciones para ciertos funcionarios u órganos, éstas deben entenderse taxativas y, por ende, vedada la intervención del legislador para regularlas”.*

## **1. Antecedentes de la Auditoría General de la República.**

La Auditoría General de la República, es un órgano de creación constitucional, creada en 1991 y desarrollada con la Ley 330 de 1996 en relación a los departamentos y mediante decreto ley 1142 de 1999 y decreto ley 272 de 2000, en su estructura, organización, funcionamiento y competencias. En su implementación, como toda obra humana novedosa, ha presentado algunas dificultades en la consolidación de sus procesos administrativos y de

control fiscal, que se han venido superando y consolidando. Como bien se mencionó antes, surge a partir de la Constitución de 1991, en donde se consagra como un órgano autónomo e independiente de la Contraloría General de la República con el firme propósito de adelantar la vigilancia a la Gestión fiscal ejercida por dicha entidad.

Mediante la expedición del Decreto-Ley 1142 de 1999 *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*, Se implementa la disposición constitucional en relación a la Auditoría General de la República como un organismo de vigilancia de la gestión fiscal, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, el cual está a cargo del Auditor de que trata el artículo 274 de la Constitución Política. Y posteriormente se la da una nueva dimensión legal, mediante el Decreto-ley 272 de 2000, *Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República*. En ambos decretos se señaló que a Auditoría General de la República es un organismo de vigilancia de la gestión fiscal, dotado de autonomía jurídica, administrativa, contractual y presupuestal, el cual está a cargo del Auditor de que trata el artículo 274 de la Constitución Política.

Así mismo, se definió su ámbito de competencia, el cual comprendió en un principio, además de la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales. Sobre la competencia sobre las contralorías municipales y distritales, que posteriormente entró a ser parte de la vigilancia fiscal de la Auditoría General de la República, establecida en el artículo 17, numeral 12, del Decreto 272, la Corte Constitucional, al ser demandado en su totalidad el Decreto-ley 272, la Alta Corporación, en cuanto al numeral citado, señaló lo siguiente:

*“La función excepcional de vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías municipales y*

*distritales.*

*Debe entenderse, que al autorizar la norma sub examine a la Auditoría General para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías municipales y distritales, lo hace con el fin de darle desarrollo al inciso segundo del artículo 274 constitucional, y dentro de esta perspectiva, no resulta aquélla reprochable, dada la circunstancia de que cumple apropiadamente con la voluntad del Constituyente en el sentido que, por disposición legal, sea la Auditoría General la entidad encargada de ejercer el control fiscal sobre los organismos que ejercen esta función a nivel territorial.<sup>2</sup> Así, en virtud de la aludida revisión, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de algunas expresiones del numeral 12 del artículo 17, relacionadas con la excepcionalidad para la revisión de cuentas de las contralorías distritales y municipales por parte de la Auditoría General de la República, dejando la facultad permanente e incluyendo en su órbita funcional a la contraloría del Distrito Capital”.*

## **2. Del funcionamiento de la Auditoría General de la República.**

El funcionamiento de la Auditoría General de la República lo establece el *Decreto Ley 272 de 2000*, el cual a su vez, rige la organización de dicho órgano. Este Decreto establece en su Artículo 6°, que la entidad estará representada judicial y extrajudicialmente por el Auditor o un apoderado, el cual es el encargado de liderar toda la estructura de los procesos implementados, de la suscripción de actos y contratos, necesarios para el cumplimiento de sus funciones, de tal forma que se adelanten a cabalidad, teniendo en cuenta lo establecido por la Constitución Política, el Estatuto de Contratación Pública y este Decreto, entre otras normas vigentes relacionadas con el tema.

La AGR, tiene dentro de sus fines primordiales proporcionar mejora continua, actualización, eficiencia y eficacia en los entes encargados del control fiscal en Colombia, a través de los principios y finalidades consagrados en la Constitución Política y de la implementación del autocontrol.

Mas allá del control fiscal que ejercen las Contralorías, la Auditoría General se encarga de la vigilancia de todo lo concerniente a la Gestión Fiscal de estas, como órgano autónomo de control fiscal a la gestión fiscal de las contralorías.

En cuanto a la parte administrativa, la AGR, se encarga de determinar los aspectos relacionados con el cumplimiento de sus funciones teniendo en cuenta lo establecido por la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000. Así mismo, cuenta con presupuesto propio de acuerdo a lo impuesto por el Estatuto Orgánico de Presupuesto. De esta forma todos los bienes y recursos que pertenezcan a la AGR, estarán a su disposición para el buen manejo por parte del Auditor General de la República.

### **3. Estructura organizacional de la Auditoría General de la República**

La Auditoría General de la República consta de una estructura organizacional pequeña, actualizada, eficiente y eficaz, que le permite armonizar la gestión administrativa y mejorar continuamente para así, garantizar el cumplimiento de sus funciones, teniendo en cuenta las Normas legales vigentes y los postulados que rigen la función pública.

La estructura organizacional está dividida en tres áreas principales:

Área de asesoría y apoyo a la Auditoría General de la República, conformada por la

oficina Jurídica, de Planeación, de Control Interno y de Estudios Especiales.

Área misional, que corresponde a la Auditoría Delegada con dos direcciones y las gerencias seccionales.

De apoyo administrativo y financiero, bajo la responsabilidad de la Secretaría General.

La Auditoría General como entidad autónoma de control goza de un esquema o estructura organizacional conformada por catorce (14) dependencias directivas, cuyos objetivos están consagrados en el *Artículo 13 del Decreto Ley 272 de 2000*:

1. Despacho del Auditor General de la República. Dirigir el funcionamiento de la Auditoría General de la República y formular las políticas, planes y estrategias necesarias para el eficiente y efectivo ejercicio de las funciones que le otorga la Constitución y la ley.
2. Oficina Jurídica. Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad.
3. Oficina de Planeación. Asesorar al Auditor General de la República en la elaboración de planes y programas y la formulación de proyectos, encaminados al logro de la misión institucional y proyectar el desarrollo organizacional acorde con dichos

planes, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad.

4. Oficina de Control Interno. Coadyuvar en la implementación del Sistema de Control Interno del organismo y asesorar al Auditor General de la República en la evaluación permanente de la gestión de la entidad, con el objeto de alcanzar las metas propuestas, dentro de un enfoque de mejoramiento continuo, y participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de la entidad.

5. Oficina de Estudios Especiales y Apoyo Técnico. Asesorar al Auditor General de la República en la ejecución de estudios técnicos sobre temas y asuntos especializados que requiera la entidad para el cumplimiento de su misión, así como participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de este organismo.

6. Despacho del Auditor Auxiliar. Asistir al Auditor General de la República en la coordinación, seguimiento, orientación, evaluación y control del manejo y desarrollo de los aspectos técnicos que en ejercicio de sus funciones ejecute la Auditoría, y participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de la entidad.

7. Despacho del Auditor Delegado para la vigilancia de la Gestión Fiscal. Dirigir, coordinar y controlar la ejecución de las actividades necesarias para el desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal, de conformidad con las directrices establecidas por el Auditor General de la República y participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de la entidad.

8. Dirección de Control Fiscal. Dirigir, coordinar y controlar la formulación, diseño e



implantación de modelos uniformes para el ejercicio de la auditoría integral de las entidades vigiladas, y desarrollar las actividades de vigilancia de la gestión fiscal de su competencia, así como participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de la entidad.

9. Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva. Dirigir, desarrollar y controlar el conjunto de actuaciones tendientes a establecer la responsabilidad fiscal de los funcionarios y ex funcionarios de los órganos de control sujetos a la vigilancia de la Auditoría General de la República; adelantar el proceso de jurisdicción coactiva y efectuar el cobro que corresponda, de acuerdo con la Constitución, las leyes y las directrices impartidas por el Auditor General, así como participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de la entidad.

10. Secretaría General. Dirigir y organizar las actividades requeridas para la administración del talento humano y los recursos físicos, financieros y económicos de la Auditoría General de la República, procurando niveles adecuados en términos de eficiencia y eficacia en la administración de los recursos, y participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad.

11. Dirección de Recursos Financieros. Dirigir, coordinar, controlar la ejecución de todas las actividades relacionadas con la administración de los recursos financieros y económicos de la Auditoría General de la República, y participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de la entidad.

12. Dirección de Talento Humano. Dirigir, coordinar, controlar la ejecución de todas las actividades relacionadas con la administración, desarrollo y bienestar de talento

humano de la Auditoría General de la República, y participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de la entidad.

13. Dirección de Recursos Físicos. Dirigir, coordinar, controlar la ejecución de todas las actividades relacionadas con la administración de los recursos físicos de la Auditoría General de la República, y participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de la entidad.

14. Gerencias Seccionales. Dirigir y orientar en el nivel seccional la aplicación de las políticas, métodos y estrategias adoptadas por el Auditor General de la República para el ejercicio de la gestión fiscal y participar activamente en su formulación, así como dirigir y coordinar el trabajo técnico y administrativo de los funcionarios o grupos a su cargo, para el eficiente y eficaz desarrollo de las funciones de vigilancia de la gestión fiscal encomendada y participar en la formulación de los planes, programas y proyectos de la entidad.

### **3.1 Funciones del Auditor General de la República**

*El Artículo 17 del Decreto Ley 272 de 2000*, establece que las funciones del Auditor General de la República son:

1. Determinar las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos para el cabal cumplimiento de la vigilancia de la gestión fiscal y el adecuado funcionamiento administrativo de la Auditoría General de la República, con base en su autonomía administrativa, jurídica, contractual y presupuestal.

2. Prescribir los métodos y la forma en que sus vigilados deben rendir cuentas y determinar criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados, entre otros, que deberán aplicarse para el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal y la evaluación del control fiscal interno.

3. Promover las acciones pertinentes para resolver los conflictos de competencia que se susciten entre las entidades sujetas a su vigilancia.

4. Recomendar al Contralor General de la República y al Gobierno Nacional las reformas legales que considere necesarias para el mejoramiento del régimen de control fiscal.

5. Solicitar con carácter obligatorio información relevante para el ejercicio de sus funciones a las entidades sometidas a su vigilancia.

6. Presentar los informes sobre el ejercicio de su gestión a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado cada año.

7. Certificar la gestión y resultados de las entidades sometidas a su vigilancia.

8. Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra los funcionarios o ex funcionarios de las entidades vigiladas que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

9. Constituirse por sí mismo o por intermedio de abogado, en representación de los intereses de la Nación, como sujeto procesal dentro de los procesos penales que se adelanten contra funcionarios o ex funcionarios de las entidades sometidas a su vigilancia, y contra los funcionarios o ex funcionarios de la Auditoría General de la República.

10. Llevar la representación legal de la Auditoría General de la República en todos los asuntos inherentes al desarrollo de sus funciones y suscribir los actos y contratos de la entidad.

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

12. Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal, en forma excepcional, sobre las cuentas de las contralorías municipales y distritales, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, previa solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal; de cualquier Comisión Permanente del Congreso de la República; de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales o de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación ciudadana que establece la ley. Este control no será aplicable a la Contraloría del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

*Nota: las partes subrayadas del numeral 12 del Art. 17 fueron declaradas inexequibles a través de sentencia C-1339 del 4 de octubre de 2000.*

13. Adoptar las políticas, planes, programas y estrategias necesarias para el adecuado manejo administrativo y financiero de la Auditoría General de la República, en desarrollo de su autonomía.

14. Asignar a las distintas dependencias y funcionarios de la Auditoría General de la República las competencias y tareas necesarias para el cabal cumplimiento de las funciones constitucionales y legales, para lo cual podrá conformar equipos de trabajo y dictar los reglamentos internos que se requieran, así como delegar y desconcentrar las funciones a que hubiere lugar, con sujeción a las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

15. Ordenar el gasto, sin perjuicio de las delegaciones que considere convenientes para la buena marcha de la Entidad a su cargo, de conformidad con lo dispuesto por el Estatuto Orgánico de Presupuesto.

16. Adoptar la planta de personal de la entidad de acuerdo con la viabilidad presupuestal expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, proveer los empleos cumpliendo las normas sobre carrera administrativa, así como distribuir los cargos de la planta global, conformar los grupos internos de trabajo, consejos y comités asesores que sean necesarios para el cumplimiento eficiente y eficaz de las competencias y responsabilidades de la entidad, asignándoles las tareas a ejecutar.

17. Establecer y desarrollar el Sistema de Control Interno de la Auditoría General de la República, en cumplimiento de las normas constitucionales y legales que lo rigen.

18. Establecer las políticas, planes, métodos y procedimientos para el desarrollo de las

actividades de capacitación integral de su talento humano, coordinar programas conjuntos con los organismos sujetos a su vigilancia.

19. Requerir reportes periódicos al asesor de control interno sobre los resultados de su gestión.

20. Designar el funcionario que adelantará las investigaciones disciplinarias internas a que haya lugar, de conformidad con lo establecido en la Ley 200 de 1995.

21. Las demás que no estén expresamente relacionadas en este decreto y que sean inherentes a la naturaleza del cargo, sin perjuicio de las delegaciones a que hubiere lugar, así como, aquellas que le sean asignadas por la Constitución y la ley.

*Nota: El numeral 21 del Art. 17 fue declarado inexecutable a través de la sentencia C-1339 de 2000.*

#### **4. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses del Auditor General de la República**

Al igual que lo expuesto en los capítulos anteriores en cuanto a los Contralores; también para la elección y desempeño del Auditor General se deben tener en cuenta todas las normas y leyes vigentes que regulen o establezcan las inhabilidades e incompatibilidades y los requisitos generales para acceder a cualquier cargo de la función, a demás de las inhabilidades e incompatibilidades particulares para el ejercicio del cargo de auditor que trataremos en este capítulo.

#### **4.1 Calidades y Requisitos del Auditor General de la República**

Para desempeñar el cargo de Auditor General de la República, se requiere de conformidad con el Decreto-Ley 272 de 2000, ser profesional en ciencias económicas, financieras, contables, jurídicas o administrativas.

#### **4.2 Periodo del Auditor General de la República**

El *Artículo 274* de la Constitución Política, dispone que el Auditor General de la República sea elegido para un periodo de dos años, por el Consejo de Estado, de una terna que envía la Corte Suprema de Justicia para tal fin.

El Auditor Auxiliar es el encargado de asumir las funciones del Auditor General en distintas circunstancias; cuando por parte del Auditor General se presenten faltas menores o iguales a un mes (faltas accidentales), haya ausencia forzosa e involuntaria, se ausente por comisiones fuera del país, así como también cuando el Consejo de Estado está en proceso de elección del Auditor General. Por su parte, corresponde igualmente a la Sala Plena del Consejo de Estado proveer las faltas temporales y absolutas del Auditor. Para el Efecto, se consideran faltas temporales:

- Los permisos para ausentarse del cargo por un periodo superior a un (1) mes.

- Incapacidad física transitoria cuando ésta sea superior a un (1) mes.

-Licencias superiores a un (1) mes.

-La suspensión provisional en el desempeño del cargo.

-La suspensión provisional de la elección dispuesta por la jurisdicción contenciosa administrativa.

#### **4.3 Integración de la terna por la Corte Suprema de Justicia y elección a cargo del Consejo de Estado.**

Al iniciar el proceso de selección del Auditor se da inicio a una convocatoria abierta en la que se inscriben los candidatos aspirantes al cargo para desempeñar funciones como Auditor General; los cuales deben cumplir con los mismos requisitos de los aspirantes a Contralor General de la República, y de ahí, con base a un proceso establecido por la Corte Suprema de Justicia se selecciona una terna, de la que posteriormente el Consejo de Estado escoge el Profesional óptimo para desempeñar dicho cargo.

El procedimiento para integración de la terna para el cargo del Auditor General, se encuentra consagrado en el Reglamento Interno de la Corte Suprema de Justicia, Acuerdo 022 de 1998, *“Por el cual se dicta el reglamento general de la corporación”*, en el cual se dispone, que para la integración de dicha terna, se requiere un quórum igual o superior a las dos terceras partes de sus integrantes y su votación será secreta.

#### **4.4 Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades del Auditor General de la República.**



Al Auditor General le aplican todas las inhabilidades e incompatibilidades para todos los servidores públicos mencionadas con anterioridad en el presente Título, además de las que se mencionan a continuación de manera especial para el cargo de Auditor General de la República.

## **5. El ejercicio del control fiscal a la Auditoría General de la República.**

Como se mencionó anteriormente, la Auditoría General de la República es un órgano de carácter autónomo creado por la Constitución de 1991, con el propósito de ejercer vigilancia fiscal a la Contraloría General de la República y las Contralorías territoriales, cuya labor involucra a su vez realizar gestión fiscal propiamente del Auditor General; es por ello que, éste último debe ser vigilado fiscalmente por la Contraloría General de la República tal como lo establece el *numeral 8 del Artículo 4* del Decreto Ley 267 de 2000, al igual que todos los entes públicos constitucionales con régimen autónomo.

La Corte Constitucional a través de *sentencia C-1176 de 2004* con ponencia de la Honorable Magistrada Clara Inés López Hernández, reitera que todas las entidades que manejen o administren fondos y bienes del Estado están sujetas a Control Fiscal; incluyendo la gestión que adelanta la Auditoría General de la República. No obstante lo anterior, no interfiere en la autonomía e independencia de la Auditoría General de la República:

La Vigilancia de la gestión fiscal que realiza la Auditoría General de la República que le corresponde ejercer a la Contraloría General de la República bajo los mismos parámetros y condiciones que se aplican respecto de todos los sujetos de control fiscal, y que como tal, no puede considerarse, interfiere la autonomía e independencia que le ha sido reconocida a aquella entidad para realizar la vigilancia de la gestión fiscal de

ésta, pues tanto la Contraloría como la Auditoría tienen demarcada su competencia recíproca, única y exclusivamente respecto de la gestión fiscal que cada una realiza, sin que, ni la una ni la otra, puedan invadir o entrometerse en el ejercicio de la misión constitucional que a cada una de ellas le ha entregado la Constitución; por lo tanto, cada una de ellas debe establecer criterios de control fiscal que no impliquen la determinación de las funciones del otro o la intromisión en ellas.

## **TITULO CUARTO**

### **DEL EJERCICIO DEL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

*Para la Corte Constitucional, “La vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado. Estas medidas se enmarcan por la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado”.*

De esta manera, tenemos que el contrato estatal y en general la gestión pública de carácter contractual que adelantan las entidades públicas con cargo a los recursos públicos del Estado son por antonomasia, el principal instituto de la gestión fiscal, pues se enmarcan dentro de los mismos supuestos señalados por la Corte Constitucional en el fallo antes citado; de tal manera, que el control fiscal sobre los contratos estatales constituye una verdadera herramienta para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, pues el contrato estatal, es una de las principales formas de ejecución e inversión del presupuesto público.

La gestión contractual de Estado, al constituir una forma de gestión pública, debe adelantarse con observancia de los principios constitucionales de la función administrativa consagrados en nuestra Constitución Política en el artículo 209, y en consecuencia la control fiscal que se ejerce sobre los mismos se enmarca dentro de los propios principios rectores de la gestión fiscal expresados en el artículo 8 de la mencionada Ley, como son, eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de los costos ambientales.

**1. Principio de Eficiencia.** Consiste en la facultad que tiene la administración, para que en la mejor de las actuaciones, logre desarrollar determinados efectos públicos. Este principio está altamente ligado con la capacidad que debe tener la administración de poner a su disposición las herramientas jurídicas, técnicas y tecnológicas existentes, al servicio del interés general, logrando, para el caso que nos ocupa, la salvaguarda del patrimonio del Estado.

**2. Principio de Economía.** Observando los parámetros de funcionamiento del Control Fiscal antes de la promulgación de la Carta Política del 91, resulta acertado afirmar, que el principio de economía solo se veía reflejado en la verificación contable de las transacciones estatales. Pues lo que se pretendía era que todas las operaciones realizadas por administradores que tuvieran a su cargo recursos públicos fuesen realizadas al menor costo. Sin embargo el criterio de aplicación de este principio era muy limitado ya que solo verificaba la minimización del costo en las transacciones y operaciones estatales, dejando de lado criterios de conveniencia y evaluación de los resultados. Actualmente, el principio de economía se ve reflejado en la optimización de los resultados frente a la asignación presupuestal de los recursos públicos, cumpliendo de esta forma con las finalidades de la función social y estatal.

**3.- Principio de Eficacia.** El artículo 8 de la Ley 42 de 1993, estableció el principio de Eficacia como uno de los principios rectores del Control Fiscal, indirectamente, supuso como requisito de existencia, la planeación estratégica que debe tener la administración para la consecución de sus objetivos, planes y metas. Decimos con esto, que la administración debe tener claramente los propósitos planteados, conforme a los programas y planes a desarrollar en los términos y periodos correspondientes, con el fin de cumplir con los objetivos sociales de manera oportuna y eficiente cuidando las asignaciones presupuestales y dándoles el mejor uso posible.

La Eficacia, entonces, es el principio que mide y/o cuantifica los resultados de la gestión realizada por la administración frente a los planes nacionales de desarrollo, sus objetivos y metas trazadas, bajo criterios de calidad, racionalidad y oportunidad de la gestión pública.

#### **4. Principio de Equidad.**

El principio de equidad desarrolla uno de los postulados básicos del Derecho clásico, consistente en la ponderación de los preceptos legales de manera equilibrada y la aplicación del más justo a un caso en concreto. Al hablar del principio de Equidad como principio rector del Control Fiscal, nos referimos entonces a la relación equilibrada y equitativa que debe existir entre lo que la ley ha establecido como distribución de los costos y la maximización de los beneficios.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **SISTEMAS Y PRINCIPIOS DEL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

Como se mencionó anteriormente, el fundamento constitucional del Control Fiscal lo encontramos dentro del artículo 267, en el cual se hace evidente la distribución de cargas públicas mediante la separación de poderes con el fin de que cada organismo o rama del poder público se especialice dentro de ciertas funciones públicas de gran importancia. Para el caso que nos compete, por disposición constitucional se dio creación a un grupo de órganos autónomos e independientes llamados órganos de control cuya función consiste en controlar el manejo y administración de los bienes y recursos de las administraciones públicas y de los particulares que administren o manejen recursos públicos.

De igual forma el artículo 9 de la Ley 42 de 1993, establece la funcionalidad y el ejercicio del Control Fiscal mediante sistemas de control que a continuación se describen, tales como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno.

### **1. Control fiscal de gestión.**

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

El control fiscal de gestión permite auditar todos los procesos de un sujeto de control fiscal

durante toda la fase de planeación y formulación de los proyectos, su ejecución que comprende la implementación, y la evaluación de los mismos una vez ejecutados. A través del control de gestión se identifican los recursos físicos, económicos y humanos de que dispone el Estado para las políticas públicas, de tal manera que se identifique su eficacia y eficiencia, esto es, que los recursos estatales invertidos en las políticas públicas conduzcan al órgano de control a establecer que fueron adecuadamente utilizados, dispuestos, invertidos conforme los principios constitucionales y legales de las funciones públicas y administrativas, con la adopción de las reglas de los buenos administradores de las cosas ajenas y con el cuidado que debe tener un buen padre de familia, en términos de diligencia y cuidado. El control fiscal de gestión permite identificar si la entidad hizo uso adecuado de los bienes públicos, si cumplió con la formulación e implementación de las políticas públicas, o si por el contrario la gestión fue irregular lo que permitirá identificar hallazgos penales, fiscales, disciplinarios o administrativos. Los hallazgos administrativos siempre permitirán y darán lugar a la formulación de planes de mejoramiento de la gestión pública.

En relación al control fiscal de gestión aplicable a los contratos estatales, se presenta en la vigilancia a la fase de preparación del contrato, en cuanto este debe tener la una finalidad pública para lo cual debe cumplirse con los elementos jurídicos, técnicos y económicos; así como durante la fase de ejecución de los contratos, en tanto la gestión de los contratos se haga de tal magnitud que se logre cumplir todas las obligaciones contractuales adquiridas por las partes en punto de cumplir con los cometidos estatales, en donde el contratista le ayuda en esa tarea al Estado como colaborador del mismo, al tiempo que como agente del mercado obtiene una utilidad en cuanto los contratos estatales son onerosos y conmutativos.

## **2. Control fiscal de resultados.**

El artículo 13 de la Ley 42 de 1993, define el control de resultados como *“Es el examen que se realiza para establecer en que medida, los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un periodo determinado”*. (Artículo 13 ibídem).

El control fiscal de resultados, es aquél que le permite a la entidad pública evaluar la eficiencia y eficacia de la formulación e implementación de las políticas públicas, esto es que a través del control de resultados se permite evaluarlas y concluir si se cumplieron los objetivos en término de resultados, esto es, que luego de la implementación de la política pública se logró el fin propuesto. Si luego de ejecutada la política pública, no se cumplieron los objetivos propuestos, se habrá presentado hallazgos penales, fiscales, disciplinarios y administrativos según el caso.

En materia de contratación estatal, el control fiscal de resultado consiste en la actividad de la evaluación en la ejecución de las políticas públicas, es decir, es la verificación del cumplimiento de las obligaciones adquiridas en los contratos estatales una vez culminado totalmente o en alguna de sus etapas. El control fiscal de resultados tiene una doble dimensión, de una parte, el resultado que se produce luego de la ejecución del contrato en términos del cumplimiento del mismo, y el resultado en el cumplimiento de la finalidad a que estaba destinado los bienes y servicios contratados. Por ejemplo, el control de resultado en el contrato de obra pública para la construcción de la sede de la comisaría de familia, estaría determinado por la ejecución de las obras, la entrega de la edificación en la primera dimensión del resultado del contrato, y en la segunda, el resultado está determinado por la finalidad a la que está destinada la edificación, esto es, que sirva para el funcionamiento de la comisaría de familia en términos de espacio, capacidad, reglamento urbano, salas de psicologías etc.

### **3. Control fiscal de legalidad.**

El artículo 11 de la Ley 42 de 1993, define el control de legalidad como *“la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables”*. (Artículo 11 Ibíd.)

El control fiscal de legalidad, consiste en la verificación de la aplicación de las normas legales en la adopción de las políticas públicas, esto es, en materia de contratación estatal se verifica que tanto la fase de preparación, ejecución y liquidación del contrato se realice con sujeción a las normas técnicas, jurídicas, económicas, contables, administrativas y financieras aplicables a la gestión de los contratos estatales.

### **4. Control fiscal de rendición de cuentas.**

El artículo 14 de la Ley 42 de 1993, define el sistema de control fiscal de revisión de cuentas como *“ el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un periodo determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones”* (Artículo 14 Ibídem).

En este caso se trata de verificar los soportes de cada un de las cuentas e informes, esto es que cada actuación contractual en el caso de los contratos estatales esté soportada con los documentos previstos en las leyes, reglamentos, manuales de contratación, manuales



contables y financieros, tales como la verificación de los soportes contables y financieros de la inversión de los anticipos, las facturas soportes, las planillas de pago, los subcontratos, las ofertas mercantiles etc.

## **5. Control fiscal de valoración de los costos ambientales.**

A partir de la entrada en vigencia de la nueva Carta, el medio ambiente entra a marcar un nuevo modelo de desarrollo en el país y es considerado como nuevo interés jurídicamente tutelable. Al respecto, la Carta Política, establece, el conjunto de reglas generales tendientes a posibilitar, crear, y mantener el ejercicio de las libertades individuales.

Sin embargo este criterio de desarrollo no solo ha sido implementado en Colombia, sino también a nivel mundial sobre la tesis de la preservación del medio ambiente para lograr calidad de vida digna con bienestar, categorizándolo como derecho fundamental, pues su vulneración va en contra vía del desarrollo y perpetuidad de la especie humana y en consecuencia violatoria del derecho máspreciado del hombre: la vida.

De esta forma, y adaptándose a los nuevos cambios sociales, políticos y medioambientales del mundo, el Constituyente del 91 decide incluir la valoración de costos ambientales como principio fundamental en la gestión del Estado.

En palabras del profesor Diego Younes Moreno *“Este principio cualifica el impacto que causan los distintos agentes económicos por el uso y deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente. Sirve también para evaluar la gestión de protección conservación uso, y explotación de los mismos”*.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **HERRAMIENTAS Y PRODUCTOS DEL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

Las herramientas para el ejercicio del control y la vigilancia fiscal, son el control fiscal macro, el control fiscal micro, y el proceso de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva.

#### **1. El control fiscal macro sobre la planeación de las políticas públicas contractuales.**

El artículo 32 del Decreto-Ley 267 de 2000, define el nivel macro de la vigilancia de gestión fiscal como *“la consolidación de análisis, resultados y situaciones en que se encuentran y desarrollan las finalidades del Estado, tanto a escala general y territorial, como por sectores de actividad.”*

De esta manera, la Contraloría General de la República es responsable de evaluar en el nivel agregado, el comportamiento de las finanzas del Estado, el grado de cumplimiento de los objetivos macroeconómicos expresados por el Gobierno, el impacto de las políticas económicas sobre el crecimiento económico, la distribución del ingreso, el bienestar general y la posición fiscal del sector público, que se materializa en los programas y proyectos de los Gobiernos Nacional y territoriales, consignados en los planes de desarrollo, en sus componentes de proyectos, y el plan de inversión con el que se va a financiar tales proyectos. De allí, que se realiza un estudio pormenorizado sobre el Estado de las finanzas, de la deuda pública, los déficit fiscales, los mecanismos y herramientas financieras para cubrirlos, tales como empréstitos nacionales o extranjeros, emisión de títulos, emisión de

acciones de las empresa públicas o mixtas , creación de nuevos tributos, incremento de tarifas o de base gravable de los existentes, la enajenación de activos estatales, la prestación de servicios, enajenación de bienes del Estado o la construcción de grandes obras de infraestructura productiva, física, de transporte, a través de contratos de concesión de concesión bajo el esquema de colaboración pública privada, así como también se hace control fiscal micro a los grandes proyectos consignados en los Documentos Conpes de Planeación Nacional.

Con fundamento en las estadísticas, la Contraloría General de la República y la territoriales determina el resultado fiscal de la Nación y analiza la consistencia de la política fiscal con las demás políticas macroeconómicas. Como resultado de esto la Contraloría presenta informes a que haya lugar, algunos de carácter constitucional, como **el informe anual sobre las Finanzas del Estado, la Situación de la Deuda, la Cuenta General del Presupuesto y el Tesoro, la Auditoría al Balance General de la Nación y el Informe Financiero Mensual.**

El tratadista, Dr. Rodrigo Naranjo Gálvez señala que este nivel de vigilancia se manifiesta en las siguientes funciones:

*Llevar la contabilidad de la ejecución del presupuesto.*

*Presentar al Congreso la Cuenta General del Presupuesto y el Tesoro.*

*Certificar el Balance de Hacienda presentado por el Contador General.*

*Llevar el registro de la deuda pública de la nación y de los entes territoriales.*

*Informar al Congreso sobre el estado de la deuda pública.*

*Informar al Congreso sobre el estado de las finanzas públicas.*

*Informar al Congreso sobre el estado de lo recursos naturales y el medio ambiente.*

### *Las evaluaciones sectoriales o de políticas públicas específicas.*

Estos estudios informes y evaluaciones macro, permiten contextualizar el trabajo y los resultados de las auditorías efectuadas a las entidades públicas a través del denominado control fiscal micro, el cual estudiaremos a continuación.

## **2. Del control fiscal micro a la gestión pública contractual: El procedimiento de auditoría fiscal.**

El artículo 31 del Decreto-Ley 267 de 2000, define el nivel micro de la vigilancia de la gestión fiscal, como aquel que cubre a cada una de las entidades que actúan y desarrollan sus actividades con autonomía e independencia dentro del respectivo sector al cual pertenecen para efectos del ejercicio del control fiscal, el cual incluye el proceso auditor a la gestión pública, en sus diversas modalidades.

El Proceso auditor consiste en la vigilancia sistemática y permanente sobre las diversas entidades del Estado y aquellos particulares que manejan recursos públicos, sujetos de control de las Contralorías, o que son objeto del control excepcional.

El resultado final del control fiscal micro, queda registrado en un informe de auditoría, el cual contiene los hechos o situaciones que presentan importancia por la forma en que auditada el desempeño de la organización de la administración, este informe se comunica a la entidad auditada, para que las mismas elaboren un Plan de Mejoramiento que contenga las acciones correctivas para subsanar las situaciones encontradas por la Contraloría y que afectan o pueden llegar a afectar la correcta gestión fiscal del Estado.

Estos hechos se denominan hallazgos y dependiendo de la naturaleza de irregularidad encontrada, son de incidencia fiscal, penal, disciplinaria y administrativa, según cada caso en particular.

Dentro de esta etapa, cobra vital importancia los conceptos de selectividad y posterioridad enunciados con anterioridad y los conceptos de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados y de revisión de cuentas.

## **2.1. Sistemas y modalidades de auditoría a los contratos estatales.**

Mediante el sistema de auditorías, las contralorías vigilan sistemática y permanentemente las diversas entidades del Estado y aquellos particulares que manejan recursos públicos que son sujetos de control de fiscal, este proceso recibe el nombre de auditoría de gobierno o de la administración, la cual como señala el tratadista William Vásquez Miranda *“se aparta un poco de los objetivos tradicionales de la auditoría independiente, que establecen como premisa principal la emisión de un dictamen u opinión profesional en relación con los estados financieros de una organización y los cambios en la posición financiera que ha cubierto el examen del auditor”*.

Señala el mismo autor que *“la auditoría del gobierno va mucho más allá del mero examen de las cifras contables, el cual constituye solo un elemento del proceso de auditoría pública – control financiero- de tal suerte que presenta mayores aplicaciones con el fin de cubrir los campos financiero, administrativo y de gestión y resultados”*.

Por su parte, la Guía Audite 3.0 de la Contraloría General de la República, define la auditoría gubernamental de la siguiente manera:

*“Es un proceso sistemático que mide y evalúa, acorde con las Normas de Auditoría Gubernamental Colombianas prescritas por la Contraloría General de la República (Compatibles con las Normas Internacionales de Auditoría NIAS), la gestión de una organización, mediante la aplicación articulada y simultánea de los procedimientos de evaluación contable y/o financiera, de legalidad y de gestión, para determinar, con conocimiento y certeza razonable, la calidad de su información, el cumplimiento de la normatividad, la eficiencia en la administración de los recursos públicos, la eficacia con que logra los resultados y su correspondencia entre las estrategias y propósitos de los sujetos de Control, de manera que le permitan fundamentar sus opiniones y conceptos.*

*PROCESO SISTEMÁTICO: Porque está construida por un conjunto de fases y actividades relacionadas entre sí con un objetivo específico, con apego y arreglo a las normas que regulan la auditoría, y a los objetivos y principios de las diferentes auditorías reconocidas en el ejercicio del control fiscal.*

*EXAMEN ARTICULADO: Consiste en el ensalzamiento de los procedimientos de diferentes tipos de auditoría, lo cual significa que las herramientas de evaluación financiera y de gestión que nos ofrecen la Auditoría de Estados Contables, la Auditoría de Cumplimiento y la Auditoría de Gestión, son aprovechadas para el examen integral de las actividades o procesos de los Sujetos y Puntos de Control que se seleccionan para ser auditivos.*

*SIMULTANEA: Significa que los procedimientos de evaluación contable y/o financiera, de legalidad y de gestión son aplicados simultáneamente sobre el proceso o actividad definida como línea de auditoría, lo que garantiza que los pronunciamientos de la CGR revelen una visión integral de la organización auditada.*

El objetivo de la Auditoría Gubernamental, consiste en establecer las condiciones que permitan ejecutar el control fiscal en tiempo real; coordinar la operación de todo el ciclo de fiscalización, aplicando los distintos sistemas que integran el control de la gestión fiscal - control de legalidad, control financiero, control de gestión y revisión de cuentas- articulando los resultados de las auditorías con los procesos de control Macro y Responsabilidad Fiscal.

De esta manera, como lo indica el tratadista Nelson Díaz, *“la auditoría integral es la ejecución de exámenes estructurados de programas, organizaciones, actividades o segmentos operativos de una entidad pública o privada, con el propósito de medir e informar sobre la utilización de manera económica y eficiente, de sus recursos y el logro de sus objetivos operativos”*.

Así, sumada a la función del control de advertencia o de prevención, se logra detectar en tiempo real los riesgos para el erario público, formulando recomendaciones con el fin de mejorar el rendimiento y alcanzar el éxito deseado, lo cual tiende al mejoramiento continuo de las entidades, mediante la suscripción de planes de mejoramiento para superar las falencias y debilidades observadas en la auditoría.

De esta manera, la Contraloría General de la República ha señalado que la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral tiene fundamentalmente los siguientes propósitos:

*"Promover el mejoramiento continuo de las organizaciones: Los resultados de la auditoría deben permitir una continua retroalimentación para que la administración pueda emprender acciones preventivas y correctivas, en procura de lograr mayores niveles de eficiencia y eficacia.*

*Promover la transparencia y adecuado uso de los recursos: La evaluación debe establecer si los recursos públicos se aplican de manera transparente por el gestor público, en procura de satisfacer las necesidades de la comunidad.*

*Apoyar al Congreso de la República: La Contraloría como organismo técnico debe brindar al Congreso información que le permita ejercer el control político que le corresponde.*

*Informar a la comunidad y vincularla al Control Fiscal: La ciudadanía es el principal cliente de la Contraloría General de la República y es deber de ésta mantenerla informada, como también promover su vinculación al control fiscal."*

La labor de auditoría por parte de las contralorías se concreta anualmente mediante la formulación y la ejecución de un Plan General de Auditoría (PGA), que contiene la programación de las entidades y los puntos de control que se auditarán durante el año. Con el fin de articular y armonizar la vigilancia de la gestión fiscal, a través de la aplicación de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral en sus diferentes modalidades.

## **2.2. Modalidades de auditoría fiscal.**

La Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral adopta tres modalidades que son aplicadas de acuerdo con los criterios manejados por el Comité de Evaluación Sectorial para la formulación del Plan General de Auditoría y posteriormente para la preparación de los encargos de auditoría. Las tres modalidades a través de las cuales se puede aplicar esta auditoría son **la auditoría regular, especial y de seguimiento; las cuales explicamos a**



**continuación:**

### **2.2.1. Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral -Regular**

La Auditoría Regular es una de las modalidades de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral, mediante la cual, se busca obtener evidencia relacionada con la información financiera, el cumplimiento de la normatividad, el Sistema de Control Interno, los resultados de la gestión y medio ambiente, con el propósito de producir un informe sobre la razonabilidad de la información contable, el comportamiento económico, el desempeño de la administración y emitir un dictamen integral sobre la cuenta fiscal rendida.

Las áreas sobre las cuales ejerce su estudio este tipo de auditoria son los procesos misionales y de apoyo, los estados contables, la contratación y el presupuesto, áreas sobre las cuales se podrán definir líneas de auditoría y establecer objetivos generales y específicos, con el objeto último de concluir sobre el fenecimiento o no de la cuenta fiscal rendida.

Para este tipo de auditoria, el ente de control se sirve de la rendición de cuenta e informes, mapas de riesgo, Plan de Mejoramiento e informes de avance, informes de auditorías anteriores, informes sectoriales e informes de control interno, como insumos para el inicio de la auditoría.

En su ejecución la contraloría debe realizar un estudio integral sobre revisiones financieras, de cumplimiento, control interno, de gestión y medio ambiente; analizando la entidad auditada en todos sus aspectos, los cuales llevan a que la presentación de un informe con dictamen integral y a un Plan de Mejoramiento de la Entidad consolidado o con la

actualización del Plan vigente.

### **2.2.2. Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral -Especial.**

Esta modalidad de Auditoría se aplica con el propósito de evaluar actividades, programas, áreas o procesos puntuales y especializados, de manera integral a uno o más temas de importancia significativa en una entidad, proyecto o recursos de destinación especial, para producir un informe que contenga una carta de conclusiones con los resultados producto del trabajo auditor.

### **2.2.3. Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral de Seguimiento.**

Esta modalidad de Auditoría, se aplica a los sujetos de control con el fin de realizar una evaluación sobre los Planes de Mejoramiento vigentes que tenga la entidad respectiva con la contraloría, para al final del proceso producir un informe sobre el nivel de cumplimiento de los Planes de Mejoramiento, avance de los compromisos adquiridos, y la efectividad de las acciones implementadas.

## **2.3. Etapas del proceso de auditoría fiscal.**

El proceso auditor consta de seis componentes, se inicia con la **(i) Elaboración del Plan General de Auditoría PGA**, continúa con **(ii) La preparación y divulgación del Memorando de Encargo**, el desarrollo de las fases **(iii) De Planeación**, **(iv) Ejecución**, **(v) Informe** y culmina con el **(vi) Seguimiento al Plan de Mejoramiento** presentado por el ente auditada.

### **2.3.1. El Plan General de Auditoría Fiscal**

El Plan General de Auditoría - PGA, es la programación anual del control fiscal micro. Tiene como propósito articular y armonizar la vigilancia de la gestión fiscal a través de la aplicación de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral. Para la elaboración del plan, la respectiva contraloría parte de las políticas macro sobre el control fiscal, los sujetos y puntos de control constituidos por las diferentes entidades estatales sobre las cuales tiene competencia, el Sistema de Riesgo Institucional y los mapas de riesgos, las quejas, reclamos y denuncias presentadas por la comunidad y el conocimiento de los sectores y sub.-sectores de la economía.

Este plan se compone de la lista de entidades a auditar, la cobertura en términos de puntos de control, el presupuesto de los días-hombre involucrados y sus respectivos costos, consolidados y clasificados.

### **2.3.2. El memorando de auditoría fiscal.**

Por medio de este documento el ente de control designa los integrantes del equipo auditor, señala los objetivos generales de la auditoría así como los lineamientos para la articulación con los demás procesos de la entidad y fija un término de duración de la auditoría así como de sus distintas fases. Sobre las particularidades del memorando de auditoría, trataremos en el capítulo cuarto del siguiente título.

### **2.3.3 Planeación de la Auditoría Fiscal.**

En esta etapa se busca que el ente de control fiscal conozca y entienda integralmente al ente auditada, defina el alcance de la auditoría, la estrategia de la misma, y que documente y comunique dicha estrategia.

La fase de planeación concluye con la aprobación y comunicación al Equipo Auditor, del Memorando de Planeación y Programas de Auditoria, el cual constituye el primer reporte del conocimiento y entendimiento inicial logrado por los auditores sobre el trabajo a realizar, así como la viabilidad y compromiso al ejecutar el propósito de la auditoría, lo cual permite y facilita a los auditores validar preliminarmente las líneas de auditoría y el mapa de riesgo del sujeto o punto de control.

#### **2.3.4. Ejecución del Plan de Auditoría Fiscal.**

Comprende el desarrollo de los programas de auditoria y el conjunto de operaciones o actividades para desarrollar lo previsto en el memorando de planeación y para alcanzar los objetivos de la auditoria gubernamental con enfoque integral.

Esta fase implica para el ente de control la aplicación de pruebas de auditoria, la utilización de las distintas técnicas de auditaje existentes, el examen de los aspectos relativos a la razonabilidad de las cifras contenidas en los estados contables, el análisis sobre los criterios de economía, eficiencia, eficacia y equidad con que actuó el ente auditada en el periodo auditada, el impacto ambiental, social y económico generado por la administración, la determinación de los beneficiarios de la acción estatal y el cumplimiento de la reglamentación que le sea aplicable.

El análisis realizado en esta etapa está orientado a examinar, de acuerdo con el alcance de la auditoría, entre otros, los siguientes aspectos:

- Cumplimiento de objetivos, metas, planes y programas de la organización, la economía y eficiencia con que se han adquirido y utilizado los recursos y la equidad con que se han distribuido los costos y beneficios.
- Cumplimiento de la reglamentación que regula sus operaciones.
- Razonabilidad de la información financiera.
- Impacto ambiental de la acción socioeconómica de la organización.
- Efectividad del sistema de control interno.
- Cumplimiento del Plan de Mejoramiento.

La información necesaria para analizar estos aspectos parte de la rendición de la cuenta y puede ser tomada de diversas fuentes y a través de diferentes técnicas, como por ejemplo las entrevistas, las observaciones directas o in situ, análisis y evaluación documental y la participación de especialistas, entre otras.

En esta fase el equipo auditor formula y desarrolla los programas de auditoría para cada línea, aplica pruebas mediante las diferentes técnicas de auditoría que conduzcan a determinar los aspectos positivos y hallazgos, para los que, una vez estructurados, validados, soportados, comunicados al ente auditada y evaluada su respuesta, se definirá la pertinencia

de traslados a las instancias competentes. Tanto los aspectos positivos como los hallazgos se integrarán al informe de auditoría.

### **2.3.5. Informe de auditoría fiscal.**

Es el producto del proceso auditor, en él se registran todos los hechos observados de uno o más periodos fiscales en las entidades auditadas, busca dar a conocer las debilidades en la gestión, control y administración de los recursos de las entidades objeto de control; partiendo de las evidencias recopiladas con el fin de que la administración tome las medidas necesarias para corregir esa situación. Debe contener además el concepto sobre la gestión de la entidad, sus estados contables y sobre la información financiera; de acuerdo al estudio y a las observaciones recopiladas durante el trabajo auditor realizado por el ente de control fiscal.

El procedimiento para la elaboración del informe de Auditoría, comienza con la estructuración del informe preliminar teniendo como base lo trabajado, estudiado y observado durante la fase de ejecución de dicho informe, luego se da traslado al sujeto pasivo de control con el fin que este presente sus observaciones al respecto. Luego de comunicado el informe preliminar al sujeto de vigilancia fiscal se procederá a realizar la mesa de trabajo de discusión del mencionado informe, donde el ente presentará sus observaciones, justificaciones, aclaraciones a la Contraloría, a fin de que si el grupo auditor y la contraloría respectiva la encuentra de recibo proceda a realizar los ajustes. Culminada esa etapa de discusión, la Contraloría rinde el informe definitivo de auditoría a la entidad pública correspondiente dejando en firme los hallazgos que ha considerado mantener y excluyendo aquellos en donde a ha aceptado las explicaciones y justificaciones de la Entidad pública.

Una vez evaluada la respuesta dada por la entidad al informe preliminar e incorporados los ajustes que haya a lugar, el equipo de auditoría coordinará con los directivos de la entidad auditada una mesa de trabajo, con el propósito de informar la culminación de la auditoría y señalar el trámite que continuará el informe, así como los parámetros y términos para la elaboración, revisión y suscripción del plan de mejoramiento que debe presentar la entidad.

#### **2.3.6. Plan de mejoramiento de la gestión fiscal del sujeto de control.**

La Guía Audite 3.0 de la Contraloría General de la República, define el Plan de mejoramiento como *“el conjunto de acciones que ha decidido adelantar un sujeto de control fiscal, tendientes a subsanar o corregir hallazgos administrativos que hayan sido identificados en ejercicio de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral, con el fin de adecuar la gestión fiscal a los principios de economía, eficiencia, eficacia, equidad o a mitigar el impacto ambiental; es la relación de actividades a realizar por la Entidad para corregir las deficiencias detectadas y comunicadas en el proceso auditor”*.

El plan de mejoramiento dentro del proceso auditor, nace como consecuencia del proceso auditor y de los hallazgos detectados, validados y dados a conocer en forma oportuna a la administración durante el proceso auditor; comprometiéndose la entidad a desplegar una serie de acciones en un plazo determinado, con el fin de subsanar las situaciones descritas en los hallazgos. El ente de control fiscal deberá realizar el respectivo seguimiento con el fin de verificar que efectivamente se cumplan las acciones y compromisos asumidos por la entidad.

#### **2.4. El procedimiento de auditoría y la estructuración de los hallazgos como**

## **resultado de la auditoría fiscal.**

Frente al concepto de hallazgos la Guía de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral de la Contraloría General de la República, precisó el alcance de este término al señalar:

En la auditoria se le debe dar un sentido de recopilación y síntesis de información específica u otro asunto que se haya analizado y evaluado y que se considera de interés o utilidad para los funcionarios de la entidad. El hallazgo normalmente se refiere a deficiencias o debilidades; pero cabe señalar que también existen hallazgos positivos. El término hallazgo abarca hechos y otra información pertinente obtenida. Incluyendo casos, situaciones o relaciones reales. No abarca las conclusiones del auditor basadas en el análisis del significado e importancia de los hechos y otra información. Un hallazgo de auditoria es algo que el auditor ha observado o encontrado durante su examen. La información en la cual se basa debe estar disponible en la entidad y posiblemente conocida por otros. Es también el resultado de la información desarrollada como una reunión lógica de datos y una presentación objetiva de los hechos y otra información pertinente (...).

### **2.5. Modalidades de hallazgos y procedimiento para la adecuada estructuración de los mismos.**

Como se ha mencionado con anterioridad, el ejercicio de las auditorías puede llevar en muchos casos a que se detecten hechos presuntamente irregulares que puedan generar algún tipo de responsabilidad para el servidor público que tiene a su cargo la gestión fiscal. De esta manera, la gestión o conducta del servidor público puede desencadenar en que el



servidor público pueda ser declarado fiscal, disciplinaria o penalmente responsable.

Esto se justifica cuando por motivos de la función, los servidores públicos o particulares sujetos de control fiscal se ven involucrados en acciones de tipo fiscal, disciplinario y penal. En estas acciones por su mismo carácter la responsabilidad en cada una de sus órbitas es autónomas e independiente de las demás, razón por la cual una misma persona puede al mismo tiempo verse involucrada en una o en varias de estas conductas y por tanto ser declarado responsable y condenada a las diferentes sanciones que devienen de cada una de las responsabilidades.

Es obligación del auditor identificar entonces, cuales de los hallazgos administrativos son generadores de algún tipo de responsabilidad y de conformidad con el artículo 268 de la Constitución Política, dar traslado de los mismos a la autoridad competente para que conozca e investigue de los mismos, es decir, los hallazgos administrativos dan lugar a que el sujeto de control formule ante el Ente de control fiscal un plan de mejoramiento, donde señale el tipo de acciones preventivas y correctivas que tomará dentro de un término que ella fije, frente a lo cual si la Contraloría lo encuentra ajustado a la naturaleza de los hallazgos y a las necesidades de la Entidad y del patrimonio público, lo aprobará, a lo cual le hará seguimiento, al punto que si detecta su incumplimiento, le podrá iniciar un proceso administrativo sancionatorio a los servidores responsables de su incumplimiento.

## **5.1 Del hallazgo fiscal.**

Se presenta cuando las Contralorías encuentra que presuntamente los servidores públicos o particulares sujetos del control fiscal han realizado una gestión fiscal deficiente -contraria a

los principios establecidos para la función pública- la cual ha producido un daño patrimonial al Estado o transgredido el ordenamiento jurídico. Es importante indicar que para que exista este hallazgo fiscal, es necesario que el ente de control haya identificado algún daño que pueda ser constitutivo de detrimento patrimonial o alguna conducta que pueda generar daño patrimonial, para lo cual deberá aportar la prueba o el principio de prueba. En los hallazgos no es necesario que el equipo auditor tenga plena certeza de la existencia de los tres elementos fundamentales de responsabilidad fiscal, pues esa será una labor que se desarrolla en el proceso de responsabilidad fiscal como tal. No obstante, debe evitarse por parte de los funcionarios de la contraloría incurrir en la configuración de hallazgos temerarios pues podría ocasionar responsabilidad por los mismos, esto es, que si detecta el daño y obtiene su prueba que es el presupuesto básico, y se le dificulta identificar su presunto autor, puede dar traslado del hallazgo a la autoridad correspondiente de responsabilidad fiscal, pues esta puede ser una tarea que se le puede atribuir a la correspondiente indagación preliminar.

Si bien el funcionario de auditoría, no tiene que establecer los tres elementos de la responsabilidad fiscal, es posible dar traslado del hallazgo fiscal en el siguiente escenario:

Cuando se detecta el daño, y este es cierto, real, evidente, cuantificable, presente y se encuentre debidamente soportado y probado, al menos con prueba sumaria o principios probatorios. Si existe dificultad para identificar el presunto autor, se le puede dar traslado, y esta será una tarea de la indagación preliminar.

Será hallazgo temerario cuando, el funcionario auditor, sin juicio o fundamento alguno, señala o identifica como presunto autor, al sujeto de control fiscal, con el único argumento de que es el representante legal o jefe del organismo o porque ejerce o ejerció tal o cual

cargo. Es necesario, que lo soporte, con las funciones contenidas en norma jurídica, manual de funciones, contrato de trabajador oficial, reglamentos, y la prueba de la actuación concreta. Lo contrario, es atribuir responsabilidad objetiva, y por ello el funcionario o equipo auditor deberá responder disciplinaria y penalmente, cuando quiera que asigne responsabilidad o identifique un presunto autor, sin que exista relación de conexidad entre el daño y la actuación del sujeto de control fiscal, basada en las funciones que le asigne el ordenamiento jurídico.

Si se identifica el daño, pero éste es de aquellos que la administración está obligada a soportar, el grupo auditor dejará constancia de ello, y se abstendrá de correr traslado del mismo con fines del proceso de responsabilidad fiscal.

La Guía Audite 3.0 de la Contraloría General de la República, señala que en caso de no existir claridad sobre alguno de estos elementos, en mesa de trabajo se evaluará el hallazgo conjuntamente con el funcionario enlace y se dispondrá lo pertinente para que el equipo auditor lo complemente. De no ser posible, se solicitará la indagación preliminar al Grupo de Indagaciones Preliminares de cada Contraloría Delegada o Gerencia Departamental, las cuales se encuentran debidamente facultadas para este efecto conforme al artículo 51, numeral 3 del Decreto 267 de 2000.

En todo caso, de consolidarse el hallazgo fiscal el auditor deberá dar traslado a la respectiva Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios y Jurisdicción Coactiva. La cual luego del correspondiente juicio fiscal puede declarar responsables fiscalmente a aquellos que lesionaron el patrimonio público.

Es necesario indicar que para que se presente este tipo de hallazgo, el auditor debe

identificar por lo menos que haya una acción u omisión de un servidor público y/o un particular que ejerza gestión fiscal, así mismo que la conducta del gestor fiscal haya producido un daño al patrimonio del Estado producto de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa y/o inoportuna.

Igualmente es necesario establecer una relación de causalidad entre la conducta y el daño causado, el cual debe ser cierto y determinado o determinable.

En materia probatoria, es necesario que todas las conductas constitutivas de posibles hallazgos, por el equipo auditor se encuentren debidamente soportadas con las solicitudes hechas por el ente de control y con las respuestas dadas por la entidad auditada.

En caso de que las pruebas sean copia de documentos que reposan en la entidad, y estos no hayan sido suministrados por requerimiento de la contraloría, estos deben estar debidamente autenticadas por el Secretario General de la entidad o por el al funcionario que corresponda, según el caso.

Cuando la prueba sea un documento de trabajo, éste debe tener fecha y estar firmado por el auditor y si la prueba es un acta de visita administrativa, esta debe tener fecha y estar firmada tanto por el auditor como por el funcionario de la entidad que la atendió.

## **5.2. Del hallazgo penal.**

Se presenta cuando la Contraloría encuentra que en la gestión fiscal posiblemente se ha incurrido en alguna conducta tipificada en la ley penal como delito, en caso de advertir esta situación el auditor deberá dar traslado a la Fiscalía General de la Nación para que esta

inicie el trámite encaminado a determinar la responsabilidad penal de quienes realizaron dichos hechos.

De acuerdo al principio de legalidad, la conducta que se imputa al agente fiscal necesariamente debe estar descrita en la norma penal al momento de su comisión, razón por la cual es de gran importancia que el auditor conozca de las conductas que al momento de realizarse la gestión fiscal se encontraban descritas en el código penal como delitos, para determinar cuales de las observadas presuntamente son constitutivas ellos por encontrarse así tipificadas en la ley penal al momento de su comisión.

Con fundamento en ello y en la certeza de que se ha vulnerado un bien jurídico tutelado por la ley penal se solicita a la justicia penal inicie una investigación al respecto, por lo cual de igual manera resulta de gran importancia, que de dicha conducta el ente de control fiscal se asegure de recaudar y poner a disposición de la respectiva autoridad todo el material probatorio que demuestran la ocurrencia del hallazgo penal. Todo lo anterior con el fin de no incurrir en falso denuncia.

El hallazgo penal luego de ser puesto a disposición de la Fiscalía General de la Nación, la calificación de la conducta como tipo penal corresponde hacerla a las instancias judiciales, razón por la cual basta con que el auditor identifique el título y/o capítulo dentro del cual se encuadra la acción u omisión correspondiente.

El hallazgo penal temerario se presenta cuando se estructura una conducta que no se adecua a ninguno de los tipos penales descritos en la ley penal, tales que la conducta no existió, o es atípica, o no se encuentra probada, y por ello responderá tanto penal o disciplinariamente el servidor público que intervenga en nombre de la Contraloría correspondiente.

### **5.3. Del hallazgo disciplinario.**

Por su parte, el hallazgo disciplinario se presenta cuando el grupo auditor advierte que presuntamente se ha incurrido en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el código disciplinario único (ley 734 de 2002), que conllevan incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

Cuando se esta frente al hallazgo disciplinario el auditor deberá dar traslado a la Procuraduría General de la Nación o Personero según el caso en orden a las competencias de los mismos, para que estos se encarguen de determinar si existe algún tipo de responsabilidad.

Esta acción, es autónoma e independiente de la acción fiscal y la penal. Con relación a la autonomía de la acción disciplinaria la Corte constitucional en sentencia C 948 de 2002 señaló:

"Dicha autonomía a que alude la jurisprudencia citada parte del hecho de que los objetivos perseguidos por la ley disciplinaria son claramente distintos a los que pretende el régimen penal.

La ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.

Cabe recordar en ese sentido que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6o. y 123)".

Es importante señalar, que el auditor en esta materia al indicar que existe un hallazgo disciplinario deberá tener especial atención en destacar lo más específicamente posible las normas disciplinarias supuestamente vulneradas así como los supuestos fácticos que las originan. Por ello es importante precisar la conducta, la plena prueba, el principio de prueba o la prueba sumaria, así como la individualización del presunto autor, y el tipo disciplinario específico en que se incurrió.

Si dentro del proceso disciplinario, se prueba que la conducta que constituye el hallazgo no existió, o es atípica, o no se adecua a ningún tipo disciplinario, o el presunto responsable señalado por la contraloría no cometió o incurrió en la conducta, los servidores públicos del control fiscal que incurrieron en la estructuración del hallazgo habrán incurrido en hallazgo temerario o en irregularidad en su estructuración y responderán penal y disciplinariamente según el caso por ello.

#### **5.4 Del hallazgo administrativo.**

Se presentan los hallazgos administrativos, cuando en la gestión pública en general de una Entidad no se está desarrollando plenamente de acuerdo con los principios generales establecidos para la función administrativa y la gestión fiscal, que implicar o tener alcance, o incidencia fiscal, disciplinaria o penal. Frente a los hallazgos meramente administrativos la Contraloría General de la República , puede amonestar o llamar la atención a los servidores públicos o particulares que han actuado de forma contraria a los principios generales de la función pública -L. 42/93 Art. 100-, previo proceso administrativo sancionatorio.

Los hallazgos meramente administrativos en la práctica constituyen malas prácticas administrativas en la ejecución de los procesos misionales y de apoyo de las entidades públicas, los cuales no son constitutivos en si mismo de faltas disciplinarias, delitos o detrimentos patrimoniales, simplemente, se configuran como una forma que busca mejorar las condiciones de eficiencia de la entidad, generando como consecuencia los ya referidos planes de mejoramiento.

Tanto el fiscal en la investigación penal, como el juez penal en la etapa del juicio; como los



servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, como los servidores públicos con competencia de investigaciones y juicios fiscales de las contralorías, que detecten en el curso de unas diligencias penales, fiscales o disciplinarias, que el hecho no existió, que no constituye delito, falta disciplinaria o daño patrimonial, en la providencia que así lo determine, tiene el deber de compulsar las copias correspondientes ya en lo penal y/o disciplinario según el caso, contra los funcionarios que en el informe de auditoría estructuraron el hallazgo temerario e hizo imputaciones o relacionó información contraria a la verdad o sin fundamento alguno, para que se le investigue por la acción, omisión o extralimitación de funciones en el ejercicio de sus funciones de control fiscal.

### **3. El proceso de responsabilidad fiscal.**

El numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, faculta a las contralorías para que puedan establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, mediante un conjunto de actuaciones administrativas adelantadas 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. (Artículo 1 de la ley 610 de 2000).

Este proceso es de naturaleza administrativa y busca obtener el resarcimiento del detrimento o del daño patrimonial al Estado, en él, se realiza un análisis subjetivo de la conducta del agente con el fin de determinar y si la actuación desplegado por el gestor fiscal fue dolosa o gravemente culposa. Por esa misma naturaleza, este proceso es independiente así como la responsabilidad que de él se deriva, razón por la cual puede presentarse una acumulación de responsabilidades junto a la disciplinaria y la penal cada una sin perjuicio de las demás.

Las particularidades acerca de la responsabilidad fiscal así como del trámite del proceso que declara responsable al gestor fiscal que causa un detrimento o daño al patrimonio del Estado será analizado en el siguiente título de esta obra.

#### **4. El proceso de jurisdicción coactiva.**

El proceso de jurisdicción coactiva se define como aquella función jurisdiccional asignada por la ley a un funcionario u organismo administrativo, para hacer efectivos mediante el procedimiento ejecutivo, los créditos o deudas fiscales a favor de una entidad pública que funge de ejecutora.

En materia de Control Fiscal el numeral 5 del artículo 268 de la constitución dispone que las contralorías tienen la facultad de ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de los procesos de responsabilidad fiscal y de las sanciones que imponen.

De igual manera la ley 42 de 1993, en su artículo 90 dispone: Para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos a que se refiere la presente ley, se seguirá el proceso de jurisdicción coactiva señalado en el Código de Procedimiento Civil, salvo los aspectos especiales que aquí se regulan. Indicando en su artículo 92 que prestan mérito ejecutivo:

- Los fallos con responsabilidad fiscal contenidos en providencias debidamente ejecutoriadas.

-Las resoluciones ejecutoriadas expedidas por las contralorías, que impongan multas una vez transcurrido el término concedido en ellas para su pago.

-Las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal.

Como prerrogativa del Estado, por medio de este proceso, las contralorías, han sido investidas de jurisdicción con el fin de obtener el pago de los créditos que tiene a su favor. En este tipo de procesos por su misma naturaleza, no se discute el derecho o la situación sustancial resuelta en el proceso de responsabilidad fiscal, sino simplemente se hace efectiva la obligación de pago contenida en el fallo, el cual conforma el título ejecutivo.

Como se observa de las normas transcritas, por tratarse de un proceso de ejecución, necesariamente tiene que haber un título ejecutivo que contenga una obligación, clara, expresa y actualmente exigible contenido en los actos administrativos que estén en firme y que contengan una obligación derivada de la declaratoria de responsabilidad fiscal o de la imposición de una sanción por parte del ente de control fiscal.

## **5. El proceso administrativo sancionatorio de naturaleza fiscal.**

El numeral 5 del artículo 268 de la Constitución política, señala igualmente que las Contralorías cuentan con la facultad de imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso con el fin de facilitar su ejercicio al órgano de control fiscal y apremiando a los sujetos de control para el correcto y oportuno cumplimiento de sus obligaciones fiscales.

Así mismo, el artículo 99 de la ley 42 de 1993, señala que los contralores podrán imponer sanciones directamente o solicitar a la autoridad competente su aplicación. Con relación a la amonestación y la multa, este mismo artículo faculta a los contralores para que las impongan directamente; mientras que para la solicitud de remoción y la suspensión somete su aplicación a que se haga a través de los nominadores.

Por su parte, los artículos 100 y 101 de la norma en comento han dispuesto que los contralores podrán amonestar o llamar la atención a cualquier entidad de la administración, servidor público, particular o entidad que maneje fondos o bienes del Estado, cuando consideren, con base en los resultados de la vigilancia fiscal que han obrado contrariando los principios establecidos en el artículo 9º de la presente ley, así como por obstaculizar las investigaciones y actuaciones que adelanten las contralorías; sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar por los mismos hechos.

La cuantía de las multas que imponen los contralores a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del estado, son hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes:

- No comparezcan a las citaciones que en forma escrita les hagan las contralorías;
- No rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas;
- Incurran reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes;

- Se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas;
- De cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas;
- Teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida;
- No adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías;
- No cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello.

Con relación a esta facultad, y en especial a este último aparte de la norma transcrita, la Corte Constitucional al analizar su constitucionalidad señaló:

*"la expresión demandada debe ser interpretada, no en el sentido que le da el demandante, esto es, que se trata de una atribución de los contralores para imponer multas por conductas que no se encuentran descritas o tipificadas en la ley, pues de ser así la norma sería inconstitucional, porque la imposición de la referida sanción quedaría librada a los criterios subjetivos de los contralores, lo cual sería contrario al principio de la legalidad de las penas y los delitos que rige todo el derecho punitivo".*

No es suficiente que la ley establezca una sanción, sino que es menester, por principio,

que también se define expresa y cabalmente los elementos que caracterizan la conducta que acarrea la sanción. Por consiguiente, no puede el legislador otorgar atribuciones facultativas para que el encargado de aplicar la sanción pueda al momento de hacerlo definir la conducta punible. Admitir esto implicaría que quien impone la sanción asume al mismo tiempo la función de legislador.

En cambio, interpretado el aparte acusado en el sentido en que esta Corte lo entiende, es decir, que él no constituye una causal autónoma que autoriza la sanción de multa a juicio de los contralores, sino que contiene simplemente una regla a seguir cuando se trate de aplicar sanciones por la comisión de las faltas que expresamente tipifica la norma. En tal virtud, se declarará exequible la expresión acusada bajo el entendido de que siempre que se trate de imponer sanciones por las faltas que aparecen descritas en la norma, a criterios de los contralores debe existir suficiente mérito para ello.

Frente a la naturaleza jurídica de estas sanciones, la Corte Constitucional igualmente en Sentencia C-484 de 2000, se pronunció indicando que los contralores son competentes para imponer sanciones no pecuniarias como medio conminatorio fundamentado en el poder correccional del Estado (...) por lo que la multa y la amonestación se entienden como sanciones correccionales.

De igual forma concluyó que “la multa y la amonestación que consagran las normas acusadas son medidas correccionales que pueden ser impuestas directamente por los contralores en ejercicio del control fiscal”. Indicando y diferenciando la sanción disciplinaria de las “medidas correccionales” señalando que no tienen la misma naturaleza, por cuanto la primera “se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable”, mientras que las segundas “facilitan el ejercicio de la vigilancia fiscal”.

**6. El control o función de advertencia, como herramienta de prevención del riesgo de daño al patrimonio público que incorpora el contrato estatal.**

El control de advertencia o función de advertencia ha sido consagrado en el numeral 7 del artículo 5 del Decreto 267 de 2000, como la facultad de advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público incorporado en un contrato estatal, y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados.

Al respecto, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, en concepto del 20 de mayo de 2002 señaló: *“la función de advertencia es excepcional, y consiste en indicarle a la administración los riesgos detectados por el organismo de control fiscal, en procesos anómalos u operaciones en ejecución, a fin de que ésta tome las medidas pertinentes tendientes a evitar el menoscabo de los dineros públicos”*.

El ejercicio de esta función, debe realizarse de acuerdo a los sistemas de control fiscal, los cuales deben llevar a que el ente de control a través del equipo auditor presente un informe a la entidad en el que le indique los riesgos que ha detectado y que pueden desencadenar en un detrimento patrimonial del Estado.

Al respecto la mencionada Oficina Jurídica ha señalado:

*“Esta atribución puede ser ejercida como resultado del proceso auditor y por tanto, cuando se detecten posibles riesgos, el equipo auditor debe realizar un cuidadoso análisis sobre las diferentes situaciones, y de tenerse los elementos necesarios, bien sea, jurídicos, técnicos o de otra*

*índole, según la clase de proceso que se esté auditando, debe producirse un informe en donde se evidencie que se puede presentar un daño patrimonial al Estado, lo cual amerita que el organismo de control haga uso de la función de advertencia.*

*La función de advertencia no puede ser ejercida en forma aislada, sino que tiene que ser producto del ejercicio de los sistemas técnicos de control fiscal, hoy contenidos en la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral.*

*Ahora bien, de tenerse conocimiento a través de otros medios diferentes al proceso auditor, la Contraloría debe ordenar la práctica de la modalidad de auditoría a que hubiere lugar o de una visita especial, con el objeto de obtener los elementos de juicio necesarios para hacer uso de la señalada función".*

En igual sentido, el Contralor General de la República, en circular 005 del 21 de junio de 2007, indicó que esta *"la función de advertencia se agota con su ejercicio, y solamente en el ejercicio auditor posterior se analizará nuevamente el asunto, a fin de establecer el estado de los procesos sobre los cuales se ejerció la función de advertencia, en una evaluación integral de la actuación de la administración. Independiente de la advertencia se determinará si los resultados previstos por ésta fueron logrados, a fin de que el organismo fiscalizador ordene o no las acciones correspondientes, dentro de la órbita ordinaria de su competencia."*

Frente a su alcance es importante señalar que en ningún caso el ejercicio de esta función puede llevar a que el ente de control fiscal ejerza un control previo sobre la gestión de la administración o a que con las indicaciones y/o advertencias presentadas a la entidad auditada se preste para prácticas de coadministración.



Por ello, en su ejercicio el ente de control no puede ir mas allá de señalar o poner de presente a la administración los posibles riesgos que le genera una operación en curso, y que a su criterio pueden presentar inconvenientes en el correcto manejo de los recursos públicos, para que la entidad fiscalizada autónomamente tome las medidas correspondientes tendientes a subsanar o mitigar esos riesgos. Es importante precisar, que de todas maneras el control o función de advertencia, es una institución que pone a su destinatario, casi que en una posición de obediencia de la contraloría, así se diga que ella no constituye un mecanismo de coadministración o de ejercicio del control previo, pues el efecto psicológico en el funcionario destinatario-sujeto del control fiscal- es tal, que concurre rápidamente a obedecer la advertencia a él dirigida, ante la amenaza de que en el proceso auditor le identifique un hallazgo penal, fiscal o disciplinario, en donde el sólo escrito que contiene el control o función de advertencia se convierte en la prueba del dolo, al afirmar el ente de control que al momento de ocurrir la conducta o el daño tenía conocimiento por la advertencia que le hizo la Entidad.

Es una figura compleja y peligrosa, en la medida en que el ente de control muestra una falsa eficiencia y eficacia en sus actuaciones, ya que si luego de advertir no se presenta el daño o la conducta, cualifica el riesgo o daño futuro advertido como beneficio del control fiscal en su favor, pues evidencia que la conducta o daño patrimonial no se presentó por su actuación oportuna, pero si luego de emitir el control o función de advertencia el daño se presenta o porque no se tomó medida alguna para evitarlo o porque las que se tomaron no fueron suficiente o efectiva, entonces vendrá la espada de decomise del control fiscal, abriendo el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal y compulsando las copias penales y disciplinarias con la prueba del dolo antes señalada. Es una institución tan compleja, que no puede llegar al punto que ponga al sujeto de control fiscal a buscar el ahogado río arriba, o que el derecho ponga al ciudadano, al sujeto de derecho, al

administrado, al servidor público, al particular sujeto del control fiscal ante el absurdo de provocarle en todos los escenarios posibles en una actuación en concreto ante un seguro proceso penal, fiscal o disciplinario. Ese no puede ser una herramienta, que así utilizada tenga cabida en un Estado social, democrático y participativo de derecho, que defiende y pregona las garantías constitucionales y legales y demás derechos fundamentales del individuo. Debe ser utilizada con las limitaciones que impone la prohibición del ejercicio del control previo por parte de las contralorías, y conforme a los principios de razonabilidad, proporcionalidad, transparencia, igualdad, eficiencia y eficacia.

**7. La suspensión provisional en el ejercicio del cargo de servidor público exigida por los contralores en desarrollo del principio constitucional de verdad sabida y buena fe guardada.**

El numeral 8 del artículo 268 de la Constitución Política de Colombia, faculta al Contralor para que pueda *“promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado”*. Pero la misma norma constitucional, le otorga la facultad a las contralorías para que, bajo su responsabilidad pueda exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios.

La potestad contenida en la parte final del anterior numeral; es decir, exigir la suspensión inmediata de funcionarios contra los cuales se adelantan investigaciones o procesos penales o disciplinarios originados en el ejercicio del control fiscal, según el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, es responsabilidad personal de cada Contralor, quien *actuará “verdad sabida y buena fe guardada”*.

Para su ejercicio señala el Consejo de Estado que esta puede hacerse en cumplimiento del marco institucional del control fiscal y comprende a los funcionarios que se determinan como sujetos pasivos del mismo por recibir, manejar o invertir fondos o bienes del Estado. Sin embargo, en mi sentir, para su ejercicio debe observarse además que no se violen derechos fundamentales, toda vez que puede presentarse que en ejercicio de esta facultad al investigado se le viole su derecho a una defensa técnica, toda vez que tal como se concibe la medida, esta se encuentra supeditada a la suerte de otras investigaciones, que resulta violatoria de la garantía prevista en el artículo 29 constitucional como lo es, el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas. Esta indefinición del término de la medida resulta contradictoria y violatoria del principio del debido proceso.

Recordemos, que la garantía de un proceso público y sin dilaciones, implica el deber de los funcionarios públicos de evitar en todas sus actuaciones moras sistemáticas, reiteradas e injustificadas, toda vez que son constitutiva de falta disciplinaria; de tal suerte, que si el funcionario competente de la contraloría solicita la suspensión, la facultad no se reduce a la simple solicitud, sino que implica hacer un permanente seguimiento a las juicios penales, disciplinarios y de responsabilidad fiscal, de tal manera que si estos están sometidos a dilaciones deberá levantarse la medida a fin de evitar la violación de garantías fundamentales.

Esta medida de suspensión como facultad de los contralores, resulta una medida compleja, en tanto contra ella no procede recurso alguno, es provisional mientras se adelantan las investigaciones penales, disciplinarias y fiscales, y frente a ello, el único mecanismo de defensa que tiene el justiciable fiscal, es la acción de tutela, cuando quiera que exista vulneración o amenaza de violación de los derechos fundamentales del afectado. Frente a ello, el nominador no tienen alternativa distinta a ejecutar la orden de suspensión por parte

del Contralor, quien responderá penal, fiscal y disciplinariamente por su actuación en el evento en que los procesos que dieron lugar a la suspensión resulten con archivo definitivo, terminación del proceso, con preclusión de la investigación, o con absolución.

Si comparamos las medidas de suspensión aplicable en derecho disciplinario esta si resulta consecuente y coherente con el derecho fundamental del debido proceso. Así de esta manera, tenemos que de las sanciones aplicables y que define la Ley 734 de 2002 (CDU), su artículo 44 numeral 2°, establece que los servidor público están sujetos a la sanción de Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, entre otras, y según el numeral 2° del artículo subsiguiente, establece que esta implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

De igual forma, respecto al término de la suspensión que debe ser señalado en el fallo, la ley establece un límite para las sanciones y concretamente para la suspensión establece que esta no será inferior a un mes ni superior a doce meses, estableciendo igualmente, en garantía de los derechos fundamentales criterios para establecer la graduación de las sanciones, pues éstas no pueden obedecer al capricho del funcionario investigador ni a valoraciones subjetivas del mismo.

La aplicación de una medida fiscal como la suspensión de un funcionario del cargo, debe pasar primero por un análisis de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, consistente en realizar una valoración de la gravedad de los hechos, las pruebas obrantes en el proceso y la toma de la medida, no obstante, la norma constitucional no lo exija.

Por su parte frente a los requisitos para su procedencia, la Contraloría General de la República, acogiendo lo dicho por la Corte Constitucional ha indicado:

*“Los presupuestos que se requieren para que proceda la medida, son en primer término la existencia de un proceso de responsabilidad fiscal en curso contra el funcionario sobre el cual recaerá la suspensión, o igualmente la existencia de procesos penales o disciplinarios. En el caso del proceso de responsabilidad fiscal, la medida es viable, una vez se han identificado los autores o existen indicios serios sobre la presunta responsabilidad de éste o estos, igualmente, ha de aplicarse el principio de verdad sabida y buena fe guardada, es decir deben existir pruebas que demuestren al ente fiscalizador que el funcionario está realizando conductas o actos que entorpecen el normal desarrollo proceso de responsabilidad fiscal, para esclarecer los hechos y determinar el daño patrimonial del erario y sus autores; como también puede suceder que el servidor público, continúe realizando actos irregulares que incrementen el detrimento de los recursos públicos, lo que hace necesario su retiro provisional del cargo”.*

Por otro lado, de la lectura de esta facultad consagrada en la Constitución, podemos encontrar los siguientes elementos que a continuación procedemos a explicar:

**-Órgano competente.** De acuerdo con la Constitución, esta facultad la tiene los contralores en todos sus órdenes, pero puede ser delegada por este a cualquier funcionario de conformidad con la estructura organizacional y competencia de cada dependencia de la contraloría respectiva. Es decir, la competencia la tiene el funcionario que la norma interna haya dispuesto para el caso.

**-Bajo su responsabilidad.** Significa esto, que la medida de ser de prudencia y que su naturaleza es cautelar. Lo que implica que si la medida es arbitraria contraria a los principios de proporcionalidad y racionalidad, el servidor público podría estar incurso en falta disciplinaria por extralimitación en el ejercicio de sus funciones y por otro lado en el delito de prevaricato por acción en concurso con cualquier otro delito de conformidad con los presupuestos de hecho de cada acción.

Igualmente, la toma de la medida implica un deber de seguimiento a los procesos que dieron lugar a la misma. Bajo su responsabilidad, es la advertencia que hace el constituyente de que la medida no puede ser arbitraria, pues todos somos sujetos de control. De tal manera que si el funcionario suspendido es reintegrado al cargo por que demostró que la medida fue contraria al ordenamiento jurídico o porque los hechos que dieron lugar a la medida terminaron sin sanción alguna, el funcionario será reintegrado y el nominador deberá cancelar los salarios dejados de percibir mientras estuvo por fuera del cargo con sus respectivos intereses, sobre lo cual es posible adelantar la acción de repetición en contra del funcionario de la contraloría que haya expedido la medida.

**-Podrá exigir.** Al ser una medida de prudencia, el término “*podrá*” no es un imperativo aun existiendo los presupuestos para formularla; de tal manera que el servidor público debe hacer un uso razonable de esta medida. Exigir, implica que el funcionario de la contraloría solicita la medida al nominador mediante un acto de ejecución sobre el cual no hay recurso alguno. Sin importar si la medida es arbitraria, el nominador tiene que cumplir con la solicitud de la contraloría. En sede administrativa, sólo es viable controvertir la medida mediante el derecho de petición solicitando la revocatoria directa de la misma. Exigir, implica también que los

contralores pueden utilizar todos los medios posibles para hacer cumplir la medida.

**-Verdad sabida y buena fe guardada.** Este elemento implique que la medida no puede ser arbitraria ni llegar a violentar derechos fundamentales. Implica que el contralor debe conocer la verdad de los hechos y probatoriamente un alto grado de evidencia de la responsabilidad del funcionario investigado; de tal manera que esta medida ciertamente evite que el funcionario implicado atente contra el patrimonio público ya que él es el responsable de su salvaguarda.

De tal manera, que si la causa que motiva la medida es distinta a la de velar por la defensa del patrimonio público, el funcionario de la contraloría no podrá tomar la medida, toda vez que para ello, es decir suspender de sus funciones a los funcionarios del Estado, existe un juez natural mediante sus propios procedimientos como son los procesos disciplinarios que se adelantan en la procuraduría, personería y oficinas internas de control disciplinario de las entidades.

Verdad sabida, implica un deber, de mínimo de conocer el acervo probatorio sobre la responsabilidad del funcionario. Buena fe guardada, en mi sentir, implica que si bien la norma no exige que la providencia mediante la cual se toma la medida no es necesaria motivarla a detalle ni hacer un debate probatorio, no se puede llegar al extremo de que un funcionario, en un Estado Social de Derecho, tome una decisión sin un mínimo de motivación que implique indicar la competencia, la oportunidad, la individualización del proceso, la gravedad que revisten los hechos, su trascendencia para el patrimonio público y la investigación.

**-Término de la medida.** Sobre el término por el cual se impone la medida, la

norma constitucional sólo establece un término máximo de suspensión de los funcionarios estableciendo que esa suspensión puede ser mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. Pero lo ideal, fuera que la medida estuviera reglamentada; pues es bien sabido que los procesos pueden llegar a ser muy dilatados y existir mora en las actuaciones judiciales, por lo tanto se debería prever la posibilidad de levantarla cuando se evidencia tal situación.

**-Oportunidad procesal.** *Para definir la etapa procesal en la cual procede la suspensión de funcionarios, se tendrá en cuenta que de conformidad con el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, existe una etapa preprocesal denominada indagación preliminar, en la cual se verifica la ocurrencia de la conducta, la causación del daño y la determinación de los presuntos responsables. Así mismo, que una vez culminada la indagación preliminar, se expide el auto de apertura, con el cual se inicia el proceso de responsabilidad fiscal.*

*La indagación preliminar, de naturaleza fiscal, se asimila, por analogía, a la investigación previa de que da cuenta el Código de Procedimiento Penal en su artículo 322, dirigida a determinar si ha tenido ocurrencia la conducta, si la conducta es típica y para individualizar o identificar a sus autores.*

*Del estudio de las normas citadas se concluye que la solicitud de suspensión de funcionarios, en materia de responsabilidad fiscal, procede una vez se ha expedido el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad fiscal, por cuanto dicho Auto es viable cuando ya se han identificado a los autores, o existen “indicios serios de sobre los posibles autores del daño”. Antes de haberse expedido este Auto, no es propio que la Contraloría General de la República ordene la suspensión de funcionarios, por cuanto se supone que aún no existen indicios ni certeza de los autores del daño.*

**-Necesidad del proceso penal o disciplinario.** La interpretación que se hace del



numeral 8° del artículo 268 de la constitución nacional, es que la suspensión de los funcionarios procede en caso de que existan y se estén adelantando procesos penales o disciplinarios, sobre lo cual hay que decir que también es posible la existencia de un proceso de responsabilidad fiscal. Pero lo que no es procedente, es la suspensión del funcionario cuando sólo se esté adelantando un proceso de responsabilidad fiscal, pues en este caso lo procedente es que la contraloría provoque los procesos ya sean penales y disciplinarios, pues de existir este sólo no le es posible a contraloría proceder con la medida so pena de extralimitarse en el cumplimiento de sus funciones por desconocer lo previsto en la Constitución consistente en la necesidad de los procesos penales o disciplinarios.

Esta facultad de acuerdo a lo establecido en el numeral 1 del artículo 268 de la Constitución Política, se aplica a los funcionarios del nivel nacional, y excepcionalmente en el nivel territorial en cumplimiento de la obligación de ejercer control fiscal concurrente sobre los recursos de las entidades territoriales que provienen de los ingresos de la Nación.

En relación con los contralores territoriales, estos cuentan con esta misma facultad en el ámbito de su jurisdicción de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 268 de la Constitución Política. De esta manera los señaló la Corte Constitucional en relación con esta atribución para los contralores territoriales manifestó:

*“La Corte considera entonces, que, si se otorga, como debe otorgarse pleno efecto a la norma Constitucional en mención, (se refiere al art. 272 de la C.P.) los Contralores Seccionales y locales gozan en sus respectivas órbitas de competencia, de la atribución señalada al Contralor General por el artículo 268, numeral 8, de la Carta, en su*

*totalidad.*

*(...) y por tanto se encuentra autorizado cada Contralor Departamental, Distrital, o Municipal, en el ámbito de su respectivo Departamento, Distrito o Municipio, para exigir, verdad sabida y buena fe guardada, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios”.*

*(...) Surge de allí, necesariamente, que, a partir de la notificación del presente Fallo, podrán los contralores distritales y municipales, exigir al Presidente de la República y a los gobernadores, en sus respectivas órbitas de competencia la suspensión de los alcaldes, si se dan las hipótesis contempladas en el varias veces enunciado artículo 268, numeral 8, de la Carta.*

*Sin embargo, ello no implica que el Contralor General de la República quede excluido de tal facultad cuando se trata de entidades territoriales. (...)*

Así mismo, el alto Tribunal indicó que esta norma no es aplicable a todos los funcionarios del Estado y por consiguiente en *“aquellos casos regulados especialmente por la Constitución, como sucede con el presidente de la República, los magistrados de los altos Tribunales de justicia y el Fiscal General de la Nación (ibídem, artículos 174, 175, 178 - 3 y 256 - 3); los miembros del Consejo Nacional, cuya pérdida de investidura corresponde decretar al Consejo de Estado por las causales enumeradas en el artículo 183; los miembros de las demás corporaciones públicas, para los cuales la ley puede establecer el procedimiento de revocatoria del mandato (ibídem, artículos 4Q - 4 y 103), y los gobernadores y alcaldes (ibídem, artículos 259, 304 y 314)”.*

### **CAPÍTULO TERCERO**

## **EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL INTERNO DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS SUJETOS DE VIGILANCIA FISCAL DE LAS CONTRALORÍAS**

La Constitución Nacional de 1991, introdujo la figura del control interno de gestión estableciendo en el artículo 269 *“que en las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas”*, con el objeto de propiciar el cumplimiento de los fines esenciales del estado y los principios de la función administrativa, por lo cual en el artículo 209 se dispuso 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”*. De tal manera que *“las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado”*, y que *“la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”*. (Subrayado es nuestro).

Por su parte, la Ley 87 del 29 de noviembre de 1993, *“por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del estado y se dictan otras disposiciones”*, definió el sistema de control interno integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.

El sistema de control interno, es sujeto de conceptualización, mediante un proceso de evolución del sistema de control interno de las entidades públicas, el cual se constituye como un proceso que se realiza de manera interna por las propias oficinas de control interno de cada entidad, y de manera externa por cada contraloría territorial o por la CGR de conformidad con las competencias de una y otra. En este caso, no referimos a la conceptualización del sistema de control interno realizado por las contralorías, realizado directamente al ente fiscalizado. El ámbito de aplicación de esta evaluación está determinado, según la CGR por “la estructura del Sistema de control Interno, basada en cinco componentes que se aplica en las entidades públicas antes de la expedición del Modelo Estándar de Control Interno (MECI), y se mantendrá hasta tanto las entidades implementen el nuevo modelo.

Por lo tanto, en la evaluación del sistema de control interno, que deben hacer los auditores, debe realizarse con base en la estructura que en el momento aplique la organización.

Para el caso de aquellas entidades que hayan adecuado sus estructuras de control interno al MECI, antes del plazo máximo fijado para el efecto, el Sistema de Control Interno se evaluará conforme a la metodología, que en su momento, defina la Oficina de Planeación de la CGR.

Para los Sujetos de Control Fiscal que no se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley 87 de 1993 y del Decreto 1599 del 20 de mayo de 2005, el equipo auditor deberá aplicar para la evaluación y conceptualización del Sistema de Control Interno el Modelo Instrumental de evaluación del Sistema de Control Interno que se encuentre vigente en el AUDITE en la fecha de la evaluación correspondiente, acorde con la naturaleza jurídica del ente auditada. Esto teniendo en cuenta que toda organización debe disponer de los

elementos básicos de un Sistema de Control Interno, que les permita garantizar en desarrollo de su función el cumplimiento de sus funciones, objetivos y misión institucional”.

La facultad de las contralorías para pronunciarse sobre el control interno de las entes sujetos a su vigilancia, se encuentra contemplada en la Constitución nacional en el artículo 268 numeral 6°, como la faculta de *“conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos del Estado”*, dicha conceptualización abarca todos los sistemas y procesos que conforman el sistema de control interno de la entidad evaluada.

*“Para iniciar las respectivas labores por parte del grupo de la Contraloría encargado de evaluar y sopesar el sistema de control interno de la entidad, debe existir un previa coordinación con la Oficina o Unidad encargada del mismo en la respectiva entidad, fijando las pretensiones y alcance de la auditoría en la dependencia mencionada como en el resto de la organización, tomando procesos, actividades seleccionadas por la Contraloría previamente.*

*Otra pretensión en la intervención de la Contraloría en este proceso de valoración del sistema, radica en la validación de las pruebas y resultados emanados de las diferentes auditorías efectuadas por la Oficina de control interno de la entidad, propendiendo por evitar duplicidad de acciones y esfuerzos en proceso de evaluación global del sistema de control interno en la entidad, sino que por el contrario el grupo de la Contraloría a cargo de la valoración integral, tendrá en cuenta el trabajo desarrollado por la Oficina interna que ejerce la veeduría y el control interno en seno de la institución”.*

Bajo estos supuestos, el grupo auditor de la Contraloría debe desarrollar la auditoría en la respectiva entidad, aplicando los siguientes procedimientos recomendados por la Contraloría General de la República:

-Obtener o actualizar el conocimiento sobre la entidad y sus operaciones o negocios y su entorno como insumo principal de esta evaluación.

-Obtener o actualizar el conocimiento específicamente sobre la estructura de control interno y por tipos importantes de transacciones o actividades sensibles (A través de Flujogramas, cuestionarios, entrevistas, entre otros).

-Identificar los errores o irregularidades que pudieran ocurrir en cada ciclo, proceso o actividad sensible para determinar los riesgos inherentes y controles inoperantes (A través de Flujogramas, cuestionarios, entrevistas, entre otros).

-Verificar mediante pruebas de cumplimiento y técnicas de auditoría el conocimiento alcanzado.

-Evaluar la estructura de control interno.

-Diseñar dentro de los programas de auditoría la evaluación del control interno.

Los procedimientos anteriores, la Contraloría General de la República los desarrolla en el marco de tres técnicas de evaluación para los sistemas de control interno así:

## **1. Flujogramas o Diagramas de Flujo**

Este método narra un proceso administrativo u operativo a través de gráficos o símbolos establecidos. La conjugación de dichos gráficos con la narración de los procedimientos se

conoce como Flujogramas.

Los flujogramas se elaboran por separado para cada tipo de transacción, actividad, proceso o ciclo, mostrando los procedimientos o mecanismos de control aplicables y el flujo de datos o información a través de la estructura.

Una gráfica de flujo le permite al auditor ver las relaciones que existen entre las diferentes actividades, duplicaciones, ausencia de controles e identificación de los mismos. Para quienes se les facilita la evaluación del sistema de control interno a través de flujogramas, le recordamos incluir el concepto y la figura de control, apoyados en la Ley 87 de noviembre 29 de 1993.

## **2. Cuestionarios de Control Interno.**

El cuestionario de control interno consiste de una serie de preguntas que se relacionan con procedimientos de control normalmente requeridos para prevenir o detectar errores e irregularidades en un proceso, procedimiento o transacción.

Las preguntas están redactadas de manera tal que se obtengan respuestas de “sí” o “no”, dando a entender la primera de estas respuestas, que el procedimiento de control necesario está utilizado por la entidad.

El cuestionario proporciona un enfoque estructurado que minimiza la posibilidad de pasar por alto algunos aspectos importantes de la estructura y otra ventaja es su fácil aplicación.

Para complementar y comprobar la respuesta obtenida en el formulario, es necesario

realizar pruebas de cumplimiento, especialmente sobre las contestadas positivamente.

### **3. Método Descriptivo o Narrativo.**

Este método consiste en la narración escrita de uno o varios procesos organizacionales; tiene como propósito identificar la existencia o carencia de controles y sus responsables. Se utiliza especialmente en organizaciones pequeñas, por lo que su empleo es poco usual en el ámbito de la auditoría de organizaciones del sector público, si se pretende desarrollarlo, es importante realizar las siguientes actividades:

- Seleccionar el área o dependencia.
- Solicitar información sobre funcionamiento, procesos, documentos y responsables del área o dependencia en estudio.
- Registrar por escrito la narración que haga el responsable del área o dependencia.
- Validar la información obtenida durante la narración.

El flujograma, los cuestionarios y el método descriptivo no son excluyentes, se pueden utilizar de una manera combinada, en ocasiones los auditores utilizan información narrativa para documentar la información obtenida en este estudio, bien sea a través de cuestionarios o flujogramas.

Para el Tratadista Carlos Alberto Cepeda Ortiz, debe *“Posteriormente a la realización de la*



*auditoría (...), la comisión evaluadora realiza un informe de evaluación del sistema de control interno, en el cual se plasmarán los resultados, observaciones, recomendaciones, conclusiones, sobre el estado genérico y puntual del sistema de control interno. Igualmente se señalan los elementos que interfieren o afectan el cumplimiento de las metas políticas, programas objetivos, como en el adecuado manejo de los recursos. El informe en mención debe ser debidamente presentado a la alta dirección de la Entidad evaluada, con el objeto de que conozca el conjunto de recomendaciones y se tomen las decisiones respecto de la misma. Cabe la posibilidad de denunciar a otros organismos de control e incluso a la justicia ordinaria, la detección de hechos o acciones que deban ser objeto de investigación y sanción por parte de los organismos y autoridades competentes. Con el citado informe sobre la evaluación del sistema de control interno, se debe considerar como la mejor ocasión para que los directivos de la Entidad conozcan sus deficiencias y las posibles acciones a seguir, basados en la formulación de las sugerencias o recomendaciones emanadas del auditaje y control efectuado por la Contraloría (...), fortaleciendo cada vez más el sistema de control interno de las entidades estatales".*

## **TÍTULO QUINTO**

### **DEL EJERCICIO DEL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ.**

Con fundamento en la nueva estructura adoptada por el Estado en la Constitución de 1991, Colombia se define sobre las bases de un Estado Social, democrático y participativo de Derecho, cuya organización corresponde a una República Unitaria, descentralizada territorialmente, estableciendo que los respectivos entes territoriales gozan de autonomía. Así, tenemos que en virtud del artículo 286 de la Constitución, son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas, facultando al mismo tiempo al legislador para le otorgue el carácter de entidades territoriales a las regiones

y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

Bogotá Distrito Capital, de conformidad con lo señalado en el artículo 322 de la Constitución Política de 1991, goza de autonomía y de un régimen jurídico especial, el cual data de comienzos del siglo XX, cuando mediante el Acto legislativo 3 de 1905, se autorizó al legislador para *“segregar distritos municipales de los departamentos existentes o de los que se formen”*.

La misma Asamblea Nacional Constituyente y legislativa que promulgó el citado acto, expidió la Ley 17 de 1905, que dispuso erigir en Distrito Capital el municipio de Bogotá, pero sometido a la administración del gobierno nacional, autorizándolo para trasladar la capital del Departamento de Cundinamarca y estableciendo al Barrio Chacinero como municipio capital de Cundinamarca, cambiando su nombre por el de Tequendama. Pero más tarde mediante la Ley 65 de 1909, Bogotá volvió a quedar sometida al régimen jurídico-administrativo de todos los municipios, reintegrándose al Departamento de Cundinamarca, pero conservando su condición de Distrito Capital.

En 1945, Bogotá adquiere carácter constitucional, cuando el artículo 5 del Acto legislativo de ese mismo año, le da el carácter de Distrito Especial, pero no sólo eso, sino que define las relaciones fiscales entre Bogotá y Cundinamarca, en cuanto a la distribución de las rentas seccionales que se produjeran en la ciudad capital, estableciendo que *“sobre las rentas departamentales que se causen en Bogotá, la ley determinará la participación que le corresponda a la capital de la República”*, disposición que se encuentra vigente en el texto de la constitución política artículo 324 inciso 2. Así mismo, fue expedida la *“Ley 33 de 1968 que confirmó las facultades extraordinarias del gobierno para reformar la organización del Distrito especial de Bogotá, lo cual se hizo mediante el decreto 3133 de 1968 que ratificó a Bogotá como capital de la República y de Cundinamarca al mismo tiempo”*.

Luego, desde el punto de vista fiscal, surge una importante reforma para Bogotá mediante el acto legislativo 1 de 1968, ordenando que Bogotá debe percibir una parte del porcentaje de los ingresos ordinarios de la Nación que la ley disponga distribuir anualmente entre los departamentos, la intendencias, las comisarías y el Distrito Especial. Los recursos que por este concepto recibe, le sirven para cubrir parcialmente los gastos que debe atender en materia de salud y educación.

Actualmente, el régimen jurídico de Bogotá está dado por la Constitución de 1991 en los artículos 322 a 327. Según los cuales, Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital, el cual goza de autonomía para la gestión de sus intereses y su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

De esta manera, tenemos que el régimen jurídico de Bogotá se encuentra consagrado en el Decreto-Ley 1421 de 1993, dictado por el gobierno nacional, de conformidad con la facultad conferida por el artículo 41 transitorio de la Constitución política, el cual dispone que “si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes”.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **EL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES DE BOGOTÁ DISTRITO CAPITAL.**

## **1. Procedimiento para la postulación y elección del Contralor de Bogotá, D.C.**

Al igual que los demás contralores territoriales, la postulación del Contralor de Bogotá se hace ante el Concejo Distrital de ternas integradas con dos (2) candidatos presentados por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y uno (1) por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el Distrito Capital, con al menos un (1) mes de antelación a su elección.

La elección corresponde, igualmente por mandato constitucional, al Concejo de la ciudad. Para su elección debe seguirse lo indicado en el artículo 16 del Decreto-ley 1421 de 1993 que establece que el Concejo elegirá funcionarios en las cesiones ordinarias correspondientes a la iniciación del periodo constitucional de los respectivos concejales en concordancia con la preceptuado en la Ley 136 de 1994 en su artículo 158 al disponer que en aquellos distritos y municipios donde exista contraloría, los respectivos contralores se elegirán dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero respectivo por el Concejo para un período igual al de los alcaldes.

Al respecto, la Corte constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º transitorio de la Ley 56 de 1993, 35 -parcial- y 158 – parcial - de la Ley 136 de 1994 y 16 -parcial- del Decreto 1421 de 1993, defendió la constitucionalidad de las normas y respecto del la época de elección de los contralores preciso lo siguiente:

*“No habiendo señalado la propia Carta las fechas de elección de contralores departamentales, distritales y municipales, la atribución corresponde, por cláusula general de competencia, al legislador, el cual, mientras no desconozca la Constitución, puede actuar con libertad, sin que, por tanto, pueda entenderse desautorizado para atribuir competencia sobre el particular a las*

*corporaciones que inician su propio período y no a las antiguas, aspecto éste que en nada riñe con la Carta Política y parece ajustado a la lógica institucional, que demanda una coherente función de fiscalización de las gestiones administrativas. En cuanto a las fechas de iniciación de las sesiones de asambleas y concejos, de los artículos 299 y 312 de la Constitución surge con meridiana claridad que es la ley la llamada a determinarlas”.*

En cuanto al procedimiento de elección, tenemos que el Acuerdo Distrital 348 del 23 de diciembre de 2008, “Por el cual se expide el reglamento interno del Concejo de Bogotá, Distrito Capital”, establece el procedimiento para la elección de los servidores públicos distritales y dispone que toda citación para elección se hará exclusivamente para ese fin con tres (3) días hábiles de anticipación, conforme al presente reglamento, la Constitución Política y las leyes especiales para Bogotá, D. C. Se exceptúa la elección de las primeras Mesas Directivas correspondientes a la iniciación del período constitucional.

Así mismo, establece el citado reglamento que las elecciones que realicen la Plenaria o las Comisiones Permanentes del Concejo Distrital con el lleno de los requisitos establecidos en el mismo reglamento, no podrán ser revocadas directamente por la Corporación y que en todo caso serán nulas las elecciones que se hagan sin el lleno de los requisitos exigidos por el reglamento.

En ese entendido, para el caso del Contralor de Bogotá estableció una disposición similar a la del Decreto 1421 de 1993 al disponer que el Contralor del Distrito Capital se elige *“durante el primer mes de sesiones ordinarias correspondiente a la iniciación del período constitucional para un período igual al del Alcalde Mayor. La escogencia se hará de terna integrada por dos candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y uno por el Tribunal Administrativo con jurisdicción en la ciudad. El Contralor Distrital no podrá ser reelegido para el período inmediatamente*

*siguiente, salvo disposición legal especial en contrario”. Y que para el caso de falta absoluta del Contralor Distrital, el “Concejo lo elegirá para el resto del período en la forma prevista en el presente reglamento. En caso de que no se hallare reunido el Concejo, el Alcalde Mayor proveerá el cargo interinamente. En las faltas temporales, desempeñará el cargo el funcionario de la Contraloría que le siga en jerarquía”.*

Es importante, rememorar los debates en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, que logró edificar sobre bases constitucionales un nuevo sistema de control fiscal en Colombia, al definirlo como un control fiscal técnico, posterior y selectivo, prohibiendo su reelección para evitar que desde el cargo el contralor utilice sus facultades para generar ventajas ante sus competidores con los recursos y potestades públicas y hacerse postular y reelegir.

Para garantizar su independencia y autonomía de los gobiernos nacionales, seccionales y locales, y garantizar su carácter técnico, señaló que el contralor General debía ser elegido de una terna integrado por sendos Candidatos de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, y elegido por el Congreso en pleno, esto es por el Senado de la República y la Cámara de Representante; mientras que los contralores territoriales serían elegidos de ternas integradas por dos candidatos de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y uno por el Tribunal Administrativo correspondiente y elegidos por las asambleas departamentales y concejos distritales y municipales para periodos de cuatro años, con prohibición de reelección para el periodo inmediatamente siguiente. La postulación por parte de las autoridades judiciales, está sometida al reglamento interno de éstas corporaciones.

Generaría mayor tranquilidad ciudadana, para consultar la voluntad de los Constituyentes

de 1991, que se establecieran mecanismos claros para la postulación, esto es, establecer formalmente entrevistas de los Honorables magistrados con los candidatos, acompañada de su programa y propuesta de control fiscal, intervención en audiencia pública por el término que fije el reglamento etc, ojalá con difusión en los canales públicos de televisión, con un sistema de evaluación al mérito por su hoja de vida, basada en su formación académica, títulos de formación universitaria, de especializaciones, maestrías, doctorados y postdoctorados, experiencia general y específica, en una especie de clasificación por méritos como lo implementó el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. Con ello, estaremos sembrando una semilla mas, en la aspiración del constituyente de 1991 de convertir el control fiscal en una herramienta técnica, frente a lo cual el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales no tienen alternativa diferente de escoger de una terna un contralor con el perfil ideado por la Constitución Política.

Respecto de la posesión del Contralor, el artículo 160 de la Ley 136 de 1994 establece que para el caso de este funcionario los contralores distritales y municipales elegidos, acreditarán el cumplimiento de las calidades establecidas en esta Ley y tomarán posesión de su cargo ante el Concejo Distrital o Municipal y si esta corporación no estuviese reunida, lo harán ante el juez civil o promiscuo municipal. En casos de vacancia judicial también podrán hacerlo ante el alcalde.

## **2. Facultades legales del Contralor de Bogotá Distrito Capital.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 109 del Decreto-Ley 1421 de 1993, el Contralor de Bogotá, además de las funciones que le establece la Constitución en el artículo

272 y el 165 de la Ley 136 de 1994, tiene a su cargo el cumplimiento de las siguientes funciones:

- 1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas por parte de los responsables del manejo de fondos o bienes del Distrito e indicar los criterios de evaluación financiera y de resultados que deberán seguirse.*
- 2. Revisar y fenecer las cuentas que deben rendir los responsables del erario y determinar el grado de eficacia, economía y eficiencia con que hayan obrado.*
- 3. Llevar el registro de la deuda pública del Distrito y sus entidades descentralizadas.*
- 4. Exigir informes sobre su gestión fiscal a todas las personas o entidades públicas o privadas que administren fondos o bienes del Distrito.*
- 5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso y recaudar su monto, para lo cual podrá ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos.*
- 6. Aprobar los planes de cuentas de las entidades sometidas a su control y conceptuar sobre la calidad y eficacia del control interno.*
- 7. Informar al concejo y al Alcalde Mayor sobre el estado de las finanzas del Distrito.*
- 8. Presentar anualmente al concejo un informe evacuativo de la gestión de las entidades descentralizadas y las localidades del Distrito.*
- 9. Realizar cualquier examen de auditoría, incluido el de los equipos de cómputo o procesamiento electrónico*



*de datos, respecto de los cuales podrá determinar la confiabilidad y suficiencia de los controles establecidos, examinar las condiciones del procesamiento y el adecuado diseño del soporte lógico.*

*10. Realizar las visitas, inspecciones e investigaciones que exija el cumplimiento de sus funciones.*

*11. Evaluar la ejecución de las obras públicas.*

*12. Auditar los estados financieros y la contabilidad del Distrito y conceptuar sobre su razonabilidad y confiabilidad.*

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

*14. Proveer los empleos de su dependencia, conforme a las disposiciones vigentes.*

*La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará, en relación con la participación distrital en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 10°5 de este Decreto. Los resultados obtenidos tendrán efecto en lo referente al aporte distrital*

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **ESTRUCTURA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C.**

La organización y funcionamiento de la Contraloría de Bogotá, D.C., lo establece el Acuerdo 361 del 6 de enero de 2009, expedido por el Consejo de Bogotá en ejercicio de sus atribuciones conferidas por el *Artículo 272* de la Constitución Política y del *Artículo 12, numeral 15* del Decreto Ley 1421 de 1993. A través de éste Acuerdo se modifican algunos aspectos relacionados con la estructura administrativa de la Contraloría Distrital establecidos en los Acuerdos 24 de 2001 y 205 de 2006, que reglamentaban la organización de la entidad.

El Acuerdo 361 de 2009, surge con el propósito de realizar algunos ajustes en la organización y funcionamiento de la Contraloría Distrital, con base a las normas básicas que rigen la estructura, el funcionamiento y la organización de las entidades de Bogotá D.C., por medio del Acuerdo 257 de 2006.

## **1. De la Organización de la Contraloría de Bogotá: Acuerdo 361 de 2009 del Consejo de Bogotá D.C.**

El Acuerdo 361 de 2009 en su *Artículo 10*, establece la Estructura Organizacional de la Contraloría de Bogotá D.C., de la siguiente manera:

1. Despacho del Contralor.
  - 1.1. Dirección de Apoyo al Despacho.
  - 1.2. Dirección para el Control Social y Desarrollo Local.
    - 1.2.1. Subdirección de Fiscalización para el Desarrollo Local.
      - 1.2.1.1. Oficinas de Localidades.
    - 1.2.2. Subdirección para el Control Social.
  - 1.3. Oficina de Control Interno.
  - 1.4. Oficina de Asuntos Disciplinarios.
  - 1.5. Oficina Asesora de Comunicaciones.
  - 1.6. Oficina Asesora Jurídica.
2. Despacho del Contralor Auxiliar.

3. Dirección de Planeación.
4. Dirección de Informática.
5. Dirección de Capacitación y Cooperación Técnica.
6. Dirección Administrativa y Financiera.
  - 6.1. Subdirección Financiera.
  - 6.2. Subdirección de Servicios Administrativos.
  - 6.3. Subdirección de Recursos Materiales.
7. Dirección de Talento Humano.
  - 7.1. Subdirección de Bienestar Social.
  - 7.2. Subdirección de Gestión de Talento Humano.
8. Dirección Sector Movilidad
  - 8.1. Subdirección de Fiscalización Movilidad
  - 8.2. Subdirección de Fiscalización Infraestructura
9. Dirección Sector Control Urbano
  - 9.1. Subdirección de Fiscalización Planeación.
  - 9.2. Subdirección de Fiscalización Transversal Control Urbano
10. Dirección Sector Salud e Integración Social.
  - 10.1. Subdirección de Fiscalización Salud.
  - 10.2. Subdirección de Fiscalización Integración Social.
11. Dirección Sector Gobierno.
  - 11.1. Subdirección de Fiscalización de Gestión Pública, Gobierno, Seguridad y Convivencia.
12. Dirección Sector Ambiente.
  - 12.1. Subdirección de Fiscalización Ambiente.
  - 12.2. Subdirección de Fiscalización Transversal Gestión Pública Ambiental.
13. Dirección Sector Hábitat y Servicios Públicos.
  - 13.1. Subdirección de Fiscalización Vivienda.
  - 13.2. Subdirección de Fiscalización Servicios Públicos.
14. Dirección Sector Educación, Cultura, Recreación y Deporte.
  - 14.1. Subdirección de Fiscalización Cultura, Recreación y Deporte.
  - 14.2. Subdirección de Fiscalización Educación.
15. Dirección Sector Hacienda, Desarrollo Económico, Industria y Turismo.
  - 15.1. Subdirección de Fiscalización Desarrollo Económico, Industria y Turismo.
  - 15.2. Subdirección de Fiscalización Hacienda.
16. Dirección de Economía y Finanzas Distritales.
  - 16.1. Subdirección de Evaluación Sectorial, Planes de Desarrollo y Políticas Públicas.
  - 16.2. Subdirección de Estudios Fiscales, Económicos y Sociales de Bogotá.
  - 16.3. Subdirección de Análisis Financiero, Presupuestal y Estadísticas Fiscales.
17. Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva.
  - 17.1. Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal.
  - 17.2. Subdirección de Jurisdicción Coactiva.

## **2. Funciones y competencias de la Contraloría de Bogotá Distrito Capital.**

Según lo establecido en el *Artículo 5* del Acuerdo 361 de 2009, las funciones de la Contraloría de Bogotá D.C. son las siguientes:

- Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal del Sector Público Distrital y los

particulares que manejen bienes o fondos del Distrito Capital a través, entre otros, de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

-Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal conforme a los sistemas de control, procedimientos y principios que establezcan la ley, la Contraloría General de la República y el Contralor Distrital mediante resolución.

-Ejercer el control posterior y selectivo sobre las cuentas de cualquier entidad del Distrito Capital y particulares que manejen fondos o bienes Distritales en los casos previstos por la ley, así como de personas naturales o jurídicas que administren bienes o recursos del Distrito.

-Ejercer funciones administrativas y financieras propias de la entidad para el cabal cumplimiento y desarrollo de las actividades de la gestión del control fiscal y para su propio funcionamiento.

-Desarrollar actividades educativas formales y no formales en las materias de las cuales conoce la Contraloría Distrital de Bogotá, que permitan la profesionalización individual y la capacitación integral y específica de su talento humano, de los órganos de control fiscal con quienes celebre convenios y de los entes ajenos a la entidad, siempre que ello esté orientado a lograr la mejor comprensión de la misión y objetivos de la Contraloría Distrital de Bogotá y a facilitar su tarea.

-Ejercer la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la

administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título al Distrito Capital de conformidad con las disposiciones legales, en coordinación con la Contraloría General de la República.

-Atender el ejercicio de los procesos de responsabilidad fiscal, de la jurisdicción coactiva, el control global sobre la gestión fiscal, la vigilancia sobre el control interno y los demás controles constitucional y legalmente asignados.

-Advertir a los sujetos de vigilancia y control fiscal sobre operaciones o procesos a ejecutar o en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados.

-Prestar su concurso y apoyo al ejercicio de las funciones constitucionales y legales que debe ejercer el Contralor Distrital de Bogotá en los términos dispuestos en este Acuerdo.

-Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control interno de los sujetos de vigilancia y control fiscal en los términos previstos en la Constitución Política y la ley.

-Llevar el registro de la deuda pública del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas.

-Imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso en los procesos de

responsabilidad fiscal.

-Promover la participación ciudadana y el control social en los procesos de control y vigilancia fiscal.

-Dar cuenta al Concejo e informar al Alcalde Mayor sobre el estado de las Finanzas del Distrito Capital.

### **3. Competencias de la Contraloría de Bogotá D.C.**

#### **a. Despacho del Contralor de Bogotá, D.C.**

-Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas por parte de los responsables del manejo de fondos y bienes del Distrito e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

-Revisar y fenecer las cuentas que deben rendir los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que haya obrado.

-Llevar el registro de la deuda pública del Distrito y sus Entidades Descentralizadas.

-Exigir informes sobre su Gestión Fiscal a la Administración y demás entidades Distritales, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Distrito y los particulares que manejen fondos o bienes del Distrito Capital.

-Establecer la responsabilidad que se derive de la Gestión Fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso y recaudar su monto, para lo cual podrá ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos. Estos recursos ingresarán a la Tesorería de la Contraloría cuando se trate de multas o alcances a favor de la Entidad.

-Conceptuar sobre la calidad, eficiencia y eficacia del sistema de control interno de las entidades sometidas a su control y vigilancia y propiciar la implementación y el adecuado funcionamiento del sistema en la Contraloría.

-Presentar anualmente al Concejo Distrital un informe evacuativo de la gestión de las entidades descentralizadas y las localidades del Distrito.

-Realizar cualquier examen de Auditoría, incluido el de los equipos de cómputo o procesamiento electrónico de datos, respecto de los cuales podrá determinar la confiabilidad y suficiencia de los controles establecidos, examinar las condiciones del procesamiento y el adecuado diseño del soporte lógico.

-Realizar las visitas, inspecciones e investigaciones que exija el cumplimiento de sus funciones.

-Evaluar la ejecución de las obras públicas.

-Publicar anualmente la Estadística Fiscal del Distrito.

-Auditar los estados financieros y la contabilidad del Distrito y conceptuar sobre su razonabilidad y confiabilidad.

-Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Distrito.

-Presentar Proyectos de Acuerdo relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría Distrital de Bogotá.

-Celebrar los contratos contra el presupuesto de la Contraloría tanto para el ejercicio del control fiscal como para el funcionamiento administrativo de la institución.

-Proveer los empleos de la entidad conforme a las disposiciones vigentes.

-Presentar informes al Concejo Distrital sobre el cumplimiento de sus funciones y certificación sobre la situación de las finanzas del Distrito, de acuerdo con la Ley y los Acuerdos.

-Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las Entidades Distritales.

-Controlar los procesos de manejo de datos fiscales para garantizar la calidad de la información.



-Efectuar el control de la ejecución de los contratos de fiducia y encargo fiduciario que suscriba o celebre la Administración Distrital.

-Aplicar los sistemas y procedimientos, relacionados con el funcionamiento de la carrera administrativa en la Contraloría Distrital, desarrollando lo dispuesto por los artículos 268, ordinal 10 y 272 de la Constitución Nacional; lo que prevean las disposiciones legales sobre la materia y la ley 42 de 1993.

-Las demás funciones que le sean asignadas por la Constitución, las Leyes y los Acuerdos.

-El Contralor es el representante legal y el ordenador del gasto de la Contraloría del Distrito Capital, define los principios generales de su función administrativa y de conformidad con las disposiciones legales vigentes determina las políticas en materia de control fiscal y para la vigilancia de la gestión que legalmente le corresponde. Así mismo, ejerce la función de advertencia sobre los actos, hechos o decisiones que generen un riesgo inminente sobre los principios y normas que regulan la correcta gestión fiscal.

#### **b. Dirección de Apoyo al Despacho**

-Atender las relaciones con el Concejo de Bogotá para la coordinación de las distintas materias en que la Contraloría deba interactuar con el mismo.

-Dirigir y coordinar con las demás dependencias las reuniones, documentos y estudios que deban desarrollarse por parte del Contralor con el Concejo y otras instituciones.

-Revisar los documentos y demás prerequisites de los que deba conocer el Contralor de Bogotá para sus intervenciones y exposiciones.

-Coordinar con las oficinas dependientes del Despacho del Contralor el apoyo que requiera el titular del mismo.

-Seleccionar los asuntos que deban llevarse al conocimiento directo del Contralor de Bogotá, según los criterios impartidos por éste, resolviendo aquellos para los cuales esté autorizado y dar traslado a los que sean de competencia de otras dependencias.

-Organizar y apoyar las reuniones, juntas y comités que se efectúen a solicitud del Contralor, cuando éste así lo considere.

-Dirigir y coordinar las actividades que se requieran para el manejo del protocolo del Despacho del Contralor de Bogotá.

-Coordinar el cumplimiento de la agenda del Contralor de Bogotá.

-Efectuar el seguimiento a las políticas e instrucciones institucionales formuladas por el Contralor y verificar su óptimo y oportuno cumplimiento.

-Implantar, en coordinación con la dependencia de informática, los sistemas de información que garanticen agilidad y confiabilidad en los procesos en que interactúan el Despacho del Contralor de Bogotá y la Dirección de Apoyo al Despacho.

-Ordenar el traslado de los asuntos que sean de competencia de otras dependencias.

-Vigilar el manejo y conservación de los bienes muebles asignados al Despacho del Contralor y la Dirección de Apoyo al Despacho y velar por la gestión oportuna ante las dependencias competentes de los servicios administrativos y logísticos que requieran éstas.

-Dirigir y organizar el sistema de correspondencia dirigida al Contralor de Bogotá, en coordinación con la Subdirección de Servicios Administrativos.

-Dirigir la recepción, sistematización y evaluación de las peticiones ciudadanas sobre los temas relacionados con el ejercicio misional y la gestión de la Entidad, encausándolas hacia las dependencias competentes, e informar y difundir los resultados de la acción de la Contraloría de Bogotá D.C., frente a las denuncias de la ciudadanía.

-Efectuar el seguimiento de las quejas y denuncias derivadas de las acciones ciudadanas de acuerdo con la información que suministren sobre el particular las dependencias competentes.

-Organizar y coordinar el sistema de quejas y reclamos de la Contraloría de Bogotá, D.C., de conformidad con lo dispuesto en la Ley 190 de 1995.

**c. Dirección para el Control Social y Desarrollo Local.**

(...) Esta dirección ejecutará de manera transversal a todos los sectores de fiscalización, las políticas orientadas a propiciar la participación ciudadana y el ejercicio del control social, ejerciendo las siguientes funciones:

-Promover el ejercicio del control social en todas las localidades de la Ciudad, en materia de promoción y gestión de los procesos de participación de las comunidades y los ciudadanos.

-Presentar ante las distintas instancias de la Contraloría de Bogotá las estrategias encaminadas a propiciar en todo el proceso auditor el ejercicio de la participación ciudadana y el control social.

-Diseñar y difundir las políticas y estrategias de promoción de la participación ciudadana y de los ciudadanos en las localidades para coadyuvar eficazmente en la vigilancia de la gestión fiscal y la promoción de los mecanismos institucionales, metodológicos y técnicos que la garanticen.

-Organizar programas de promoción, sensibilización y divulgación, que potencien la participación ciudadana y su contribución a la vigilancia fiscal.

-Promover un especial seguimiento, con el apoyo de las direcciones de

fiscalización, a los recursos públicos distritales destinados a la participación ciudadana, a las emergencias y a los desastres.

- Servir de enlace entre las Oficinas de Localidades, el Despacho del Contralor Distrital y las demás dependencia misionales y de apoyo de la entidad.

- Dirigir las relaciones de las Oficinas de Localidades con los Despachos superiores y las dependencias inmediatas, las dependencias del ramo administrativo y las Direcciones Sectoriales de Fiscalización.

- Gestionar suministros, servicios de transporte, comunicaciones y en general los apoyos técnicos, físicos y materiales que requieran las Oficinas de localidades.

**d. Subdirección para el Control Social. (...).**

- Ejecutar las políticas y estrategias definidas por la Dirección para el Control Social y el Desarrollo Local en las localidades del Distrito Capital.

- Ejercer las labores de control social en todas las localidades de la Ciudad, en materia de promoción y gestión de los procesos de participación de las comunidades y los ciudadanos.

- Efectuar el seguimiento de las quejas y denuncias derivadas de las acciones ciudadanas de acuerdo con la información que suministren sobre el

particular las dependencias competentes.

-Dirigir el apoyo al desarrollo de las veedurías que organice la sociedad civil para que contribuyan al eficaz ejercicio de la vigilancia fiscal participativa.

-Desarrollar programas de promoción, sensibilización y divulgación, que potencien la participación ciudadana y su contribución a la vigilancia fiscal.

-Vigilar el cumplimiento del seguimiento efectuado por las direcciones y subdirecciones de fiscalización a los recursos públicos distritales destinados a la participación ciudadana, a las emergencias y a los desastres.

#### **e. Despacho del Contralor Auxiliar**

-Asistir al Contralor de Bogotá en la formulación, coordinación y ejecución de las políticas, planes y proyectos, con el fin de lograr las metas y objetivos propuestos.

-Dirigir y participar en estudios e investigaciones para el mejoramiento de la gestión de la Entidad.

-Dirigir la elaboración de los planes de mejoramiento que sean presentados, como producto de las auditorías externas que se efectúen a la Entidad y verificar su cumplimiento.

#### **f. Dirección de Planeación**

-Dirigir la formulación y determinación de las políticas, planes, programas y proyectos que en materia de vigilancia de la gestión fiscal, de recursos financieros, físicos, humanos y de bienestar social se deban adoptar las dependencias de la Entidad, encaminados al logro de la misión institucional.

-Elaborar e impulsar estudios de armonización, racionalización, sistematización e investigaciones que permitan el desarrollo institucional de la Contraloría de Bogotá.

-Establecer un sistema de seguimiento y medición de la gestión en coordinación con las dependencias de la entidad, que permita mediante indicadores de gestión evaluar el desempeño de éstas, de los procesos y de la entidad en su conjunto.

-Elaborar los informes de cumplimiento de las políticas, planes y programas para la toma de decisiones, con destino a las autoridades competentes que deban conocer de los mismos.

-Realizar estudios técnicos y presentar propuestas sobre la organización, desarrollo administrativo, simplificación, agilización y modernización de trámites y procedimientos y demás asuntos relacionados con la gestión y métodos de trabajo.

-Apoyar a las dependencias correspondientes en los asuntos administrativos y

financieros, la elaboración del proyecto anual de presupuesto de la Contraloría de Bogotá D.C., y sus modificaciones.

-Identificar y formular en coordinación con las dependencias, los proyectos de inversión de la entidad, de conformidad con los planes y programas de mediano y largo plazo, y adelantar los trámites tendientes para la programación del presupuesto de inversión.

-Presentar las propuestas a la alta dirección, dirigidas al mejoramiento de la gestión de la entidad y de los sistemas de gestión implementados.

-Realizar la revisión técnica de los planes, documentos y procedimientos que adopte la entidad, para asegurar la armonización, implementación y evaluación de los mismos.

-Adelantar la recopilación, procesamiento y análisis de la información producida por el sistema estadístico de la entidad, con el fin de crear la base única y oficial, necesaria para el proceso de toma de decisiones.

#### **g. Direcciones Sectoriales de Fiscalización.**

(...): Dirección para el Control Social y el Desarrollo Local, Dirección Sector Control Urbano, Dirección Sector Movilidad; Dirección Sector Salud e Integración Social, Dirección Sector Gobierno, Dirección Sector Ambiente, Dirección Sector Hábitat y Servicios Públicos, Dirección Sector



Educación, Cultura, Recreación y Deporte; Dirección Sector Hacienda, Desarrollo Económico, Industria y Turismo.

-Responder ante el Contralor de Bogotá por el ejercicio de la vigilancia fiscal de las entidades, los servidores públicos y los particulares que ejerzan funciones o manejen fondos y bienes del Distrito capital en el sector de su competencia.

-Adelantar las indagaciones preliminares a que haya lugar, en orden a verificar la ocurrencia de hechos generadores de daño al patrimonio estatal, la entidad afectada e identificar los presuntos responsables de su causación, al cabo de la cual solamente procederá el archivo de las diligencias o el traslado a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, con el fin de que se apertura el proceso de Responsabilidad fiscal.

-Promover los estudios integrales de su respectivo sector, con el fin de orientar eficazmente la vigilancia fiscal de manera articulada y bajo la orientación técnica y responsabilidad directa de la Dirección de Finanzas Distritales.

-Dar conformidad a los planes de mejoramiento suscritos por los sujetos de control producto del ejercicio auditor y efectuar el seguimiento sobre su cumplimiento, de acuerdo con las normas vigentes y sin perjuicio del adelanto de los procesos de responsabilidad fiscal por la autoridad competente o la adopción de otras medidas inherentes al ejercicio de la vigilancia fiscal.

-Exigir informes sobre la gestión fiscal de los servidores públicos, de las entidades del sector respectivo y sobre los particulares que ejerzan funciones o administren fondos o recursos de naturaleza pública.

-Imponer en primera instancia, en los términos establecidos en la ley, las sanciones correspondientes a los sujetos de control cuando incumplan las instrucciones o términos establecidos por cada dirección de fiscalización o en quien ella delegue o impidan u obstaculicen en cualquier forma el ejercicio de la vigilancia fiscal.

-Coordinar con la Dirección Sector Ambiente y la Dirección de Contraloría Social, todos los aspectos que permitan la articulación adecuada de la vigilancia fiscal, el control social y el medio ambiente; acatando las orientaciones técnicas que en la materia establezcan dichas direcciones y colaborando eficazmente para que ellas cumplan sus cometidos.

-Articular la información, los estudios, el análisis y los resultados de la vigilancia fiscal con la Dirección de Economía y Finanzas Distritales.

-Responder por los resultados e informes de vigilancia fiscal en su respectivo sector, sin perjuicio de la facultad de revisión de los mismos por parte del Contralor de Bogotá; adelantar directamente y de oficio las acciones, las denuncias y las demás actuaciones que correspondan con el objeto de garantizar la transparencia, la eficiencia y la eficacia de la vigilancia fiscal.

-Proponer al Contralor de Bogotá las políticas, los planes, los programas y las prioridades que deban establecerse para el ejercicio de la vigilancia fiscal en su sector y responder por el cumplimiento y buen desempeño de los indicadores y las metas acordadas en el proceso anual de planificación que sean de la responsabilidad de la Dirección que corresponda.

-Definir conjuntamente con la Dirección de Planeación las fuentes de información que deberán compartir, los flujos de la información, las materias de análisis, investigación y de resultados relevantes de su vigilancia fiscal, observando como principio rector la simplificación y racionalización de las exigencias de información y evitando la duplicidad de solicitudes que de la misma se realicen a los sujetos pasivos de la vigilancia fiscal.

-Contribuir al desarrollo de metodologías estandarizadas, técnicas, transparentes y eficaces para el ejercicio de la vigilancia fiscal y solicitar explícitamente los apoyos y orientaciones requeridos para el efecto a la Dirección de Capacitación y Cooperación Técnica.

-Coordinar con las subdirecciones que la integran, adicionalmente en el caso de la Dirección para el Control Social y el Desarrollo Local con las Oficinas de Localidades, y con los grupos de vigilancia fiscal la propuesta de políticas, planes, programas y prioridades para el ejercicio de la vigilancia fiscal; establecer explícitamente la responsabilidad de cada cual en el cumplimiento de las metas y los indicadores de gestión y desempeño que se hubieren identificado y garantizar su cumplimiento en acuerdo con ellas.

-Contribuir a la definición de los procesos y procedimientos de vigilancia fiscal que se regirán de acuerdo con los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política.

-Delegar, en todo aquello que no sea materia de delegación por parte del Contralor de Bogotá a la Dirección respectiva, las funciones que garanticen el adecuado, eficaz y eficiente ejercicio de la vigilancia fiscal.

-Supervisar que las licitaciones públicas, concursos de méritos y contrataciones directas, que realicen los sujetos pasivos de la vigilancia y control fiscal, se adjudiquen en audiencia pública y con el procedimiento de convocatorias públicas conforme a los artículos 273 de la Constitución Política, 108 de la Ley 42 de 1993, el numeral 10o. del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el artículo 2º de la ley 1150 de 2007 y demás disposiciones pertinentes.

-Ejercer vigilancia sobre la gestión pública y el buen desempeño de las autoridades administrativas en el desarrollo de los principios y definiciones básicas consagradas al respecto en la Ley 489 de 1998.

-Efectuar los pronunciamientos y ejercer la vigilancia que corresponda, en lo relativo al control de la contratación de urgencia manifiesta de las entidades asignadas a su sector, en los términos dispuestos en el artículo 43 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con los artículos 41 y 42 de la misma norma.

-Orientar la formulación y seguimiento de la función de advertencia para

prevenir el detrimento al erario público o la función social del Estado.

-Proponer, en coordinación con la Dirección de Planeación, indicadores de tipo sectorial que permitan evaluar la gestión de la Contraloría de Bogotá.

#### **h. Subdirecciones de Fiscalización.**

-Dirigir el proceso de vigilancia fiscal en las entidades del sector de su competencia y garantizar el cumplimiento de las metas y los indicadores de desempeño establecidos en la planeación anual.

-Vigilar el cumplimiento de los principios de gestión y administración consagrados en la normatividad vigente y en especial de los planes y políticas de desarrollo administrativo.

-Establecer las estrategias para la evaluación de la calidad y eficiencia del control interno de las entidades del respectivo sector e imprimirle orientación técnica a la misma.

-Revisar y dar visto bueno a los planes de mejoramiento resultantes de las auditorías con las entidades controladas y hacer el seguimiento de los mismos de acuerdo con el reglamento que al respecto establezca el Contralor de Bogotá.

-Dirigir la ejecución de las auditorías y responder por la eficacia y articulación de las mismas con la Dirección de Economía y Finanzas Distritales en lo de su competencia.

-Proponer metodologías, sistemas técnicos y procedimientos que contribuyan a la estandarización, a la eficacia y a la eficiencia de la vigilancia fiscal.

-Solicitar a la Dirección de Capacitación y Cooperación Técnica el apoyo para el diseño de sistemas de vigilancia fiscal.

-Responder ante el Director Técnico del respectivo sector por la ejecución de las auditorías integrales, la revisión de cuentas, el seguimiento a los planes de mejoramiento, visitas fiscales e indagaciones encomendadas del sector respectivo.

-Responder, en coordinación con la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, por las indagaciones que deban adelantarse como resultado de las auditorías realizadas.

-Dirigir, controlar y retroalimentar operativos sobre temas de impacto en la ciudad, en coordinación con la dirección sectorial respectiva.

-Proponer en casos inminentes el ejercicio de la función de advertencia para prevenir el detrimento al erario público o la función social del Distrito Capital.

#### **i. Oficinas de Localidades.**

1. Disponer, organizar y controlar de forma directa los procesos de

vigilancia fiscal en las localidades del Distrito Capital para garantizar su ejecución y rendir por el cumplimiento de las metas y los indicadores de desempeño establecidos en la planeación anual.

2. Dirigir en forma inmediata y directa el proceso auditor para vigilar el cumplimiento de los principios de gestión y administración consagrados en la Ley 489 de 1998 y en especial de los planes y políticas de desarrollo administrativo, respecto de las localidades del Distrito Capital.

3. Ejecutar las políticas y estratégicas definidas por la Dirección para el Control Social y el Desarrollo Local en materia de participación ciudadana y control social en las localidades del Distrito Capital.

4. Organizar los dispositivos y operativos para la evaluación de la calidad y eficiencia del control interno de las localidades.

5. Llevar la representación inmediata de las auditorías frente a las localidades y apoyar a la Subdirección a la que pertenece en garantizar la eficacia y articulación de la misma con la Dirección de Economía y Finanzas Distritales en lo de su competencia.

6. Participar en la elaboración de las metodologías, sistemas técnicos y procedimientos que contribuyan a la estandarización, a la eficacia y a la eficiencia de la vigilancia fiscal para las localidades y propender su aplicación orientándola en forma directa e inmediata.

7. Responder ante el Subdirector y el Director para el Control Social y el Desarrollo Local por la dirección de la ejecución de las auditorías integrales, de la revisión de cuentas y de las indagaciones de las localidades del Distrito Capital.

8. Apoyar a la Subdirección de la cual es parte integrante, y respecto de las localidades del Distrito Capital, en su obligación de responder ante la Dirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, por las indagaciones que deban adelantarse como resultado de las auditorías realizadas.

9. Cooperar con la Dirección para el Control Social y el Desarrollo Local y la Subdirección de Fiscalización para el Desarrollo Local en la orientación y conducción institucional, en la coordinación interna con otras dependencias de la Contraloría de Bogotá y en la coordinación externa con los entes vigilados.

#### **j. Subdirección de Fiscalización de Control Urbano**

-Dirigir y disponer lo necesario para el seguimiento y la evaluación del cumplimiento por parte de las autoridades competentes en Bogotá Distrito Capital de las normas y regulaciones sobre el desarrollo urbanístico de la ciudad.

-Dirigir lo necesario para ejecutar las auditorias sobre las decisiones y la gestión del desarrollo urbanístico de la ciudad por parte de las autoridades



competentes y responder por la eficacia y articulación de las mismas con las otras dependencias misionales de la entidad.

-Adelantar y articular las acciones de vigilancia correspondientes, en atención a las denuncias y disposiciones sobre desarrollo urbanístico, que impliquen transversalidad al interior de la institución.

-Dirigir y coordinar la vigilancia de la gestión urbana a cargo de los servidores públicos responsables de la misma, respecto de los distintos megaproyectos del Sector Público Distrital.

-Disponer lo necesario para generar sistemas de vigilancia de la gestión urbana con miras a su estandarización y adopción por la autoridad competente y acompañar y orientar la integración del componente urbano en el ejercicio de la vigilancia fiscal que acometan las demás contralorías delegadas.

#### **k. Subdirección de Fiscalización Gestión Pública Ambiental**

1. Dirigir y disponer lo necesario para garantizar el seguimiento y la evaluación ambiental del Plan de Desarrollo Económico, Social y Ambiental del Gobierno Distrital.

2. Ejercer la vigilancia fiscal que coadyuve al desarrollo sostenible y la minimización de los impactos y riesgos ambientales.

3. Dirigir, con el apoyo de las demás direcciones, la elaboración del informe sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente y someterlo al Contralor de Bogotá para su aprobación, firma y posterior presentación al Concejo de Bogotá.

4. Dirigir la vigilancia de la gestión fiscal integral de las entidades del Sistema Nacional Ambiental que pertenezcan al nivel administrativo del Distrito capital y de las demás entidades que reciban o administren recursos públicos Distritales para la gestión ambiental.

5. Dirigir y coordinar la vigilancia de la gestión ambiental que corresponde efectuar a los servidores públicos responsables de la misma respecto de los distintos megaproyectos del Sector Público Distrital.

6. Disponer lo necesario para generar sistemas de vigilancia de la gestión ambiental con miras a su estandarización y adopción por la autoridad competente y acompañar y orientar la integración del componente ambiental en el ejercicio de la vigilancia de la gestión estatal del Distrito Capital que acometan las demás contralorías delegadas.

7. Propender el cálculo real y efectivo de los costos ambientales y de las cargas fiscales ambientales para que sea incluido en las políticas, estrategias y gestión de las entidades y organismos fiscalizados en todo lo que tiene que ver con la recuperación de los ecosistemas, con la conservación, protección, preservación, uso y explotación de los recursos naturales y del medio ambiente.

8. Propender por la valoración económica que permita determinar el daño ambiental generado en la ciudad de Bogotá.

### **1. Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva**

-Definir las políticas e impartir directrices generales sobre indagaciones preliminares, procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva que debe desarrollar la Contraloría de Bogotá D.C.

-Informar a la Contraloría General de la República y Procuraduría general de la Nación sobre los fallos de responsabilidad fiscal y asuntos que aceptan el pago de la obligación en los términos establecidos en la ley 610 de 2000.

-Conformar grupos de asuntos especiales en temas de su competencia.

-Dirigir los procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva a que haya lugar como producto del ejercicio de la vigilancia y control fiscal.

-Decidir sobre la pertinencia de constituirse en parte civil a través de la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Bogotá y de acuerdo con la decisión que al respecto adopte el Contralor de Bogotá en los procesos penales en que ello sea necesario de conformidad con la ley 610 de 2000.

-Vigilar que las entidades distritales obligadas a ello por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995, se constituyan en parte civil en los procesos penales

respectivos, aplicar las sanciones y adelantar los procesos de responsabilidad fiscal a que haya lugar cuando ello no ocurra. En caso de que la entidad obligada a constituirse en parte civil no lo hiciere, sin perjuicio de las consecuencias contempladas en este numeral, la Contraloría de Bogotá podrá hacerlo en su lugar.

-Adoptar, de acuerdo con lo dispuesto por el Contralor de Bogotá, los planes y los programas de indagaciones preliminares, procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva que deban adelantarse directamente o por las subdirecciones a su cargo.

-Coordinar con las facultades de derecho de las diferentes universidades de Bogotá, la labor de apoderado de oficio a ejecutar por los consultorios jurídicos y adoptar medidas por otros medios para cumplir con esta obligación legal.

-Diseñar y adoptar los manuales o guías para la ejecución de indagaciones preliminares y procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva que deberán acoger los funcionarios de conocimiento.

-Iniciar los procesos de responsabilidad fiscal, coordinar la asignación de funciones de indagación o atención de los procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva y comisionar a los funcionarios competentes para la práctica de pruebas.

-Orientar y dirigir las actuaciones en los procesos de responsabilidad fiscal y

jurisdicción coactiva.

-Ordenar la participación de funcionarios de la Dirección en los Grupos interinstitucionales de investigación de que trata el artículo 11 de la ley 610 de 2000.

-Ordenar las medidas cautelares o culminar las mismas cuando ellas sean procedentes acorde con la ley 610 de 2000 y el Código de Procedimiento Civil.

-Adelantar, conforme a las competencias que se establezcan, los procesos de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva.

-Adelantar la segunda instancia en las etapas que corresponda dentro de los procesos de responsabilidad fiscal o jurisdicción coactiva cuando no fuere obligatoria dicha segunda instancia en cabeza del Contralor de Bogotá, cuya primera instancia haya sido surtida por la subdirección del proceso de Responsabilidad Fiscal y la Subdirección de Jurisdicción Coactiva, según el caso.

-Vigilar el registro de los procesos de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva adelantados por la Contraloría de Bogotá D.C.

-Coordinar con la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Bogotá D.C., la defensa de los intereses del Distrito Capital en los procesos judiciales con origen en procesos de responsabilidad fiscal o de cobro coactivo.

-Promover ante la autoridad competente la apertura de procesos penales por los posibles delitos que se deriven de las indagaciones preliminares o procesos de responsabilidad fiscal.

-Coordinar con las dependencias competentes de la Contraloría de Bogotá D.C., cuando se obtengan hallazgos de las auditorías que así lo ameriten, o se verifiquen los presupuestos establecidos en la ley 610 de 2000, el adelanto de las actuaciones preliminares relacionadas con la responsabilidad fiscal hasta la etapa de apertura del proceso de responsabilidad fiscal; sin perjuicio que la Dirección o la Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal puedan efectuar directamente tales actuaciones.

-Adelantar los procesos sancionatorios de su competencia.

-Supervisar periódicamente las diligencias que efectúen las subdirecciones que la conforman y adoptar los correctivos o acciones necesarias.

-Conceptuar sobre la posición institucional acerca de la materia propia de los procesos de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva e indagaciones preliminares.

-Diseñar y proyectar los acuerdos para la adopción de planes de investigación a ser desarrollados con otros organismos de control del Estado.

-Mantener actualizada una base de datos de la jurisprudencia en materia de

procesos administrativos de responsabilidad fiscal que permita unificar los criterios al interior de la Contraloría de Bogotá y coordinar su análisis con la Dirección a la que pertenece y la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría de Bogotá D.C.

-Evaluar periódicamente en la dirección a que pertenece las causas que originen fallos judiciales adversos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa para tomar los correctivos necesarios, de acuerdo con la información que suministre la Oficina Asesora jurídica.

#### **m. Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal**

-Dirigir la formulación de los planes y programas que sobre el proceso de responsabilidad fiscal debe adelantar.

-Dirigir el establecimiento de planes y programas de seguimiento y evaluación a las indagaciones y los procesos adelantados a su interior y los Grupos de Investigaciones.

-Dirigir la programación y ejecución en primera instancia de los procesos de responsabilidad fiscal en forma directa de conformidad con los actos de delegación y competencia que en materia de conocimiento de los diferentes asuntos, se encuentren legalmente expedidos.

-Dirigir, controlar y hacer seguimiento al uso de las facultades de policía judicial y medidas cautelares por parte de los funcionarios de conocimiento de la Contraloría de Bogotá, D.C.

-Remitir a la Dirección de Jurisdicción Coactiva las providencias ejecutoriadas para dar inicio a las acciones de cobro coactivo.

-Reportar para su consolidación mensual a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva los fallos en firme y ejecutoriados para su envío a la Contraloría General de la República.

#### **n. Subdirección de Jurisdicción Coactiva**

-Diseñar, de acuerdo con la dirección a la que pertenece, los planes y programas que sobre cobro coactivo deban desarrollarse.

-Adelantar los procesos de cobro coactivo.

-Elaborar las listas de auxiliares de la justicia o adoptar los diseñados por el Consejo Superior de la Judicatura que puedan intervenir en los procesos de jurisdicción coactiva adelantados por la Contraloría de Bogotá D.C.

-Reportar permanentemente a la Dirección de responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva la información con los autos que aceptan el pago y archivan los procesos ejecutivos, para ser remitida a la Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación.

#### **o. Dirección de Economía y Finanzas Distritales**



- Dirigir la definición de los lineamientos para la planeación anual de las actividades misionales de la Contraloría, conjuntamente con la Alta Dirección, la Dirección de Planeación y los responsables de los procesos, de enlace con clientes, micro y responsabilidad fiscal, en conjunción con lo establecido en el Plan Estratégico de la Entidad.

- Dirigir la definición y el diseño de los lineamientos para el proceso auditor, en concordancia de los establecidos por la Alta Dirección, como directriz para la elaboración del Plan de Auditorías Distritales, y en función de los insumos auditivos requeridos por la Dirección para la elaboración de sus estudios.

- Presentar el Plan Anual de Estudios, para la aprobación de la Alta Dirección.

- Orientar el trabajo de las Subdirecciones a cargo de la Dirección, en lo referente a la realización de los diferentes informes obligatorios y estructurales, de carácter económico, financiero, presupuestal, contable, social y de política pública, de acuerdo con los lineamientos dados por la Alta Dirección y en observancia de los procedimientos establecidos.

- Aprobar los Planes de Trabajo para todos los estudios a elaborar en las Subdirecciones de la Dirección, verificando el cumplimiento de los lineamientos dados.

- Dirigir el seguimiento al desarrollo de los informes y estudios en elaboración

a cargo de la Dirección, con el fin de verificar el cumplimiento de lo establecido en la planeación inicial y asegurar el objetivo y la calidad de los productos.

-Aprobar los distintos informes obligatorios, estructurales y coyunturales, anuales y periódicos que se requieran, de carácter económico, financiero, presupuestal, contable, social y de política pública, que se elaboran en las Subdirecciones de la Dirección.

-Revisar la solidez del Dictamen a los Estados Contables Consolidados del Distrito, elaborado por la Subdirección de la Dirección asignada para ello, previo a la aprobación del Contralor de Bogotá.

-Revisar los certificados de registro de la deuda pública Distrital, elaborados por la Subdirección de la Dirección asignada para ello, previo a la firma de estos por parte del Contralor de Bogotá, para verificar su contenido.

-Revisar los pronunciamientos propuestos por las Subdirecciones de la Dirección y del proceso de prestación de servicio macro, para garantizar el contenido y trascendencia del tema objeto de los mismos, previo a la aprobación de ellos por parte del Contralor de Bogotá.

-Presentar para publicación los informes elaborados por las Subdirecciones de la Dirección.

-Verificar la organización para el cumplimiento de la presentación y

socialización de los informes y de las evaluaciones de carácter fiscal, en lo económico, financiero, presupuestal, contable y de política pública, en ellos contenidas, con el fin de hacer efectivo el control ciudadano, político y social.

-Dirigir la investigación y elaboración de los informes o estudios de carácter coyuntural que sean requeridos y no programados en el Plan Anual de Estudios.

-Adelantar las acciones de vigilancia que correspondan, o la rendición de conceptos si fuere el caso, en atención a las disposiciones que sobre deuda pública territorial establece la ley 358 de 1997 o las disposiciones que la modifiquen o sustituyan.

-Propender por el desarrollo, optimización y difusión de las metodologías diseñadas en la Dirección, para la medición y evaluación del desempeño macro de la Administración Distrital, en lo financiero, presupuestal, contable, social, ambiental, de gestión y de política pública.

-Dirigir la actualización, depuración y conservación de las estadísticas fiscales del sector público distrital, de conformidad con los preceptos legales, para su consulta y análisis.

-Solicitar la suscripción de planes de mejoramiento que sean necesarios, producto de la vigilancia fiscal macro a los sujetos pasivos de control, tendientes a subsanar hallazgos u observaciones que afecten su desempeño,

así como realizar el seguimiento a los mismos.

- Representar al Contralor en el Concejo de Bogotá, por vía de delegación cuando así él lo considere necesario.

- Asesorar al Contralor de Bogotá en todos los aspectos de carácter macro, relacionados con la gestión financiera, presupuestal, contable, social y de política pública, a nivel sectorial y de la administración distrital.

**p. Subdirección de Evaluación Sectorial, Planes de Desarrollo y Políticas Públicas**

- Definir los lineamientos para el proceso auditor, en concordancia con los establecidos por la Alta Dirección y los convenidos con la Dirección de Economía y Finanzas, como directriz para elaboración del Plan de Auditorias Distritales, y en función de los insumos auditivos requeridos por la Subdirección para la elaboración de los estudios a cargo.

- Dirigir y Coordinar la elaboración de los estudios obligatorios a cargo, como son: Balance Social y Evaluación de las Política Pública del Distrito Capital; y Evaluación integral a la Gestión de las Entidades y al Plan de Desarrollo del Distrito Capital, y demás estudios que las disposiciones legales determinen, en observancia de los procedimientos establecidos.

- Realizar el seguimiento a la inversión sectorial, verificando el nivel de ejecución real, georeferenciándola territorialmente y advirtiendo el impacto

social y la afectación en las políticas públicas que se pretenden impactar.

-Formular indicadores y metodologías de tipo sectorial que permitan evaluar el desempeño de las políticas públicas y la intervención del Sector Público Distrital en el sector respectivo, evaluando los resultados de estos indicadores, como mecanismo de verificación del cumplimiento de las metas Distritales.

-Dirigir y Coordinar la participación del equipo de la Subdirección en la elaboración de informes estructurales y coyunturales, así como los pronunciamientos, en su competencia, solicitados por la Alta Dirección y la Dirección de Economía y Finanzas Distritales, en observancia de los procedimientos establecidos.

-Realizar el análisis DOFA de cada sector, que permita formular los mapas de riesgo de cada uno de ellos, para orientar las acciones prioritarias de vigilancia fiscal, como las propuestas y recomendaciones pertinentes.

-Suministrar a las direcciones de fiscalización el diagnóstico sectorial y subsectorial de cada uno de los sectores.

-Dirigir la elaboración y permanente actualización del banco de datos y/o hoja de vida de los sectores objeto de fiscalización, con el fin de elaborar estadísticas sectoriales y de coadyuvar en la compilación de las Estadísticas Fiscales del Sector Público Distrital que elabora la Entidad.

-Asegurar a través de los estudios desarrollados en la Subdirección y en coordinación con otras subdirecciones, la evaluación del impacto social generado por la inversión pública en la ciudad y la consistencia del Plan de Desarrollo con el Plan de Ordenamiento Territorial.

-Asegurar a través de los estudios desarrollados en la Subdirección, la evaluación de: desempeño de la gestión fiscal y de los programas de política pública sectoriales, en su formulación, implementación y resultados, como también del impacto en la solución de las problemáticas, en las cifras macroeconómicas del Distrito y como herramienta para la toma de decisiones de la Administración Distrital, respecto de las acciones, metas y los recursos de las políticas públicas y del Plan de Desarrollo.

-Dirigir la planeación de los informes a realizar por la dirección de acuerdo con lo establecido en los procedimientos de la entidad y el Sistema de Gestión de Calidad.

-Realizar seguimiento al desarrollo de los informes y estudios en elaboración de la subdirección, con el fin de verificar el cumplimiento de lo establecido en la planeación inicial y asegurar el objetivo y la calidad de los productos.

-Garantizar la presentación y socialización de los informes elaborados en la Subdirección, con el fin de hacer efectivo el control ciudadano, político y social y paralelamente mostrar los beneficios de control fiscal.

**q. Subdirección de Estudios Fiscales, Económicos y Sociales de**

## **Bogotá.**

1. Dirigir la elaboración de los estudios e informes estructurales y coyunturales, así como pronunciamientos, sobre temas económicos sociales y fiscales, solicitados por la Alta Dirección y la Dirección de Economía y Finanzas, observando los procedimientos establecidos.
2. Dirigir la elaboración de informes transversales de impacto macroeconómico con la participación de otras subdirecciones o dependencias que afecten las finanzas de la ciudad o el desarrollo social y económico de sus habitantes.
3. Evaluar el impacto socioeconómico y fiscal de macroproyectos que adopte la administración distrital. Estudiar y conceptuar sobre la eficiencia en el cumplimiento de los principios de la función administrativa en las reformas administrativas sectoriales y cuando se estime conveniente hacerle el seguimiento respectivo.
4. Realizar proyecciones del crecimiento económico de la ciudad, desarrollo tributario, sectores de crecimiento y distribución de ingresos. Evaluar la política tributaria de la ciudad y su impacto social.
5. Evaluar los planes de equipamiento y conceptuar sobre su avance e implementación.
6. Realizar seguimiento al Plan de Ordenamiento Territorial de la Ciudad-POT, evaluar su implementación y cumplimiento de acuerdo a la norma.

7. Evaluar la integración socioeconómica y fiscal de Bogotá y sus municipios vecinos para proponer alternativas de desarrollo como área metropolitana y de integración regional.
8. Evaluar políticas regionales, nacionales e internacionales que afecten las finanzas de la ciudad y su desarrollo económico y social.
9. Realizar estudios de competitividad, desarrollo tecnológico e indicar sectores estratégicos que propicien el crecimiento económico y mayor dinamismo de las finanzas de la ciudad.
10. Realizar estudios sobre concesiones, peajes, tasas y contribuciones, tributación del sector productivo, comercial y de servicios, políticas monetarias y cambiarias del gobierno nacional, reformas tributarias a nivel nacional y local y su impacto en las finanzas de la ciudad.
11. Establecer metodologías y construir indicadores de evaluación y seguimiento a la gestión que realizan las entidades del Distrito Capital. Evaluar el crecimiento de la producción y su impacto social.
12. Mantener actualizados los indicadores sociales, económicos y crecimiento de la ciudad, y en coordinación con otras subdirecciones llevar las estadísticas fiscales y banco de datos de la ciudad.
13. Contribuir a elaborar el Plan Anual de Estudios a cargo de la Dirección,



para la aprobación de la Alta Dirección.

14. Evaluar las adquisiciones, fusiones, enajenaciones o privatizaciones así como el cambio de naturaleza jurídica o económica y valoraciones de las empresas o entidades del Distrito Capital.

**r. Subdirección de Análisis Financiero, Presupuestal y Estadísticas Fiscales.**

1. Definir los lineamientos para el proceso auditor, en concordancia con los establecidos por la Alta Dirección y los convenidos con la Dirección de Economía y Finanzas, como directriz para la elaboración del Plan de Auditorias Distritales, y en función de los insumos auditados requeridos por la Subdirección para la elaboración de los estudios a cargo.

2. Dirigir y Coordinar, lo referente a la realización de los informes obligatorios anuales a cargo, como son: El Estado de las Finanzas, Deuda Pública y Estado de Tesorería e Inversiones Financieras del Distrito Capital; Dictamen a los Estados Contables Consolidados del Distrito Capital; y Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro del Distrito Capital y demás estudios que las disposiciones legales determinen, en observancia de los procedimientos establecidos.

3. Dirigir y coordinar la elaboración, en la periodicidad que legalmente corresponda, los informes obligatorios y demás informes que soliciten las entidades nacionales y distritales, en observancia de los procedimientos

establecidos.

4. Dirigir la participación del equipo de la Subdirección en la elaboración de informes, así como los pronunciamientos de su competencia, solicitados por la Alta Dirección y la Dirección de Economía y Finanzas Distritales, en observancia de los procedimientos establecidos.

5. Compilar y disponer las Estadísticas Fiscales del Sector Público Distrital, coordinando la obtención de estas, con las diferentes dependencias de la Contraloría, a fin de constituirse en el banco de datos fiscales de la Entidad, para garantizar su actualización, depuración, conservación y uso, de conformidad con los preceptos legales.

6. Asegurar a través de los estudios desarrollados en la Subdirección, la elaboración del estado de las finanzas públicas distritales, la incidencia del manejo de la deuda pública y de tesorería en ellas, así como la asignación eficiente de los recursos, todo en función de determinar el impacto en la economía de Bogotá, e igualmente la racionalidad de las cifras de los estados contables del Distrito Capital.

7. Revisar y corregir los Planes Detallados de Trabajo de los informes a cargo de la Subdirección, para confirmar la asunción de los lineamientos recibidos para la preparación de éstos.

8. Verificar y asegurar el cumplimiento de los Planes Detallados de Trabajo de los informes a cargo, por parte del equipo, en lo relacionado con el

objeto, el alcance, la calidad del contenido y la oportunidad de entrega de los productos elaborados en la Subdirección.

9. Analizar anualmente, el proyecto de presupuesto distrital de la vigencia siguiente, presentado por la Administración, desde el marco normativo, y elaborar el Pronunciamiento correspondiente.

10. Participar activamente en la planeación del proceso auditor cuando se requiere e involucre temas de la subdirección e interactuar con las otras subdirecciones de la Dirección de Economía y Finanzas para asegurar mediante la articulación, la calidad de los insumos auditados y/o verificados, requeridos para los informes.

11. Dirigir la elaboración de los certificados de registro de la deuda pública Distrital y asegurar su solidez, previo a la revisión del Director, e igualmente realizar el seguimiento a los Planes de Desempeño suscritos en virtud de las operaciones de crédito público y al límite de endeudamiento.

12. Justificar la aprobación de publicación de los informes elaborados por la Subdirección ante el comité de publicaciones, resaltando los aspectos relevantes de éstos.

13. Garantizar la presentación y socialización de los informes elaborados en la Subdirección, con el fin de hacer efectivo el control ciudadano, político y social y paralelamente mostrar los beneficios de control fiscal.

14. Efectuar seguimiento a la Deuda Pública y al Estado de Tesorería e Inversiones Financieras del Distrito capital.

15. Dirigir y coordinar la auditoría a los estados contables consolidados del Distrito capital y otras que se consideren necesarias relacionadas con las funciones de la subdirección.

### **3. Sujetos de Control Fiscal de la Contraloría de Bogotá Distrito Capital.**

La Contraloría de Bogotá D.C., en cumplimiento de sus funciones y objetivos ejerce la Vigilancia y Control Fiscal por sectores que dependen del medio donde se desempeñen los sujetos de dicho control; tal como lo establece el Artículo 25 – Sectorización, del Acuerdo 361 de 2009.

El Acuerdo mencionado anteriormente, a través de su Artículo 4 determina cuales son los órganos y entidades que deben someterse a la Vigilancia y Control Fiscal que ejerce la Contraloría Distrital. Estos son:

- Los órganos que ejercen control de naturaleza pública o administrativa en la gestión fiscal que desarrolle el Concejo de Bogotá; su Fondo Cuenta o quien en el futuro haga sus veces.

- Las universidades estatales autónomas de carácter distrital.

- Las entidades u organismos que integran la Administración tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden Distrital conforme a

lo previsto en el Decreto Ley 1421 de 1993 y la Ley 489 de 1998.

-Las demás entidades públicas y distritales que administren bienes o recursos del Distrito Capital o que tengan origen en el Distrito.

-Las corporaciones, asociaciones y fundaciones mixtas cuando quiera que administren recursos del Distrito Capital.

-Los particulares que cumplan funciones públicas, respecto de los bienes y fondos públicos que obtengan o administren o cuando manejen bienes o recursos del Distrito Capital y los contratistas.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL MACRO A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN BOGOTÁ D.C.**

De acuerdo a lo señalado en el inciso sexto del artículo 272 de la Constitución Política, la Contraloría de Bogotá D.C., ejerce en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República (CGR); razón por la cual, así como la CGR, realiza el Control Fiscal Macro a nivel Nacional, la Contraloría de Bogotá, de acuerdo al mencionado mandato constitucional y a las competencias señaladas en el Acuerdo 361 del Consejo Distrital de Bogotá, es responsable de este tipo de control en el Distrito, entendido este como *“la consolidación de análisis, resultados y situaciones en que se encuentran y desarrollan las*

*finalidades de la actuación pública del Distrito Capital, tanto a escala general y por localidades, como por sectores de actividad”.*

De esta manera, en atención a lo señalado en el artículo 40 de la Constitución, las finalidades a que debe propender la actuación de gestión pública en el Distrito Capital son: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural del Distrito; y asegurar la convivencia pacífica y de la vigencia del orden justo.

Por ello, se puede afirmar que la vigilancia macro a la gestión fiscal en el Distrito Capital se traduce en la presentación de informes por parte de la Contraloría de Bogotá en los que muestra el análisis, los resultados y la situación en que se encuentran y se cumplen los fines mencionados en el párrafo anterior, tanto a escala general y por localidades como por sectores de actividad; de conformidad con la estructura administrativa del Distrito establecida por el Concejo Distrital mediante el Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006.

Por otra parte, de conformidad con lo señalado en el artículo 55 del Acuerdo Distrital 361 de 2009, la Dirección de Economía y Finanzas de la Contraloría de Bogotá es la dependencia responsable, al interior de esta entidad, de responder por la planeación, orientación, seguimiento, aprobación, revisión, dirección y seguimiento de la gestión fiscal macro que desarrolla la Contraloría de Bogotá; gestión que se materializa en la elaboración, presentación y socialización de informes de carácter obligatorio, estructural, sectorial y coyuntural, de valor agregado y propositivo.

Para el cumplimiento de esta labor, la Dirección de Economía y Finanzas cuenta a su vez

con el apoyo de las Subdirecciones de: Evaluación Sectorial, Planes de Desarrollo y Políticas Públicas; la de Estudios Fiscales, Económicos y Sectoriales de Bogotá y con la de Análisis Financiero, Presupuestal y Estadísticas Fiscales.

Cada una de estas Subdirecciones de acuerdo a sus competencias son las responsables de la ejecución de las actividades tendientes a lograr un adecuado control macro. Para el ejercicio del control fiscal macro que ejerce la Contraloría de Bogotá, la Dirección de Economía y Finanzas a través de una labor coordinada con las Direcciones Sectoriales, evalúa la gestión fiscal de la Administración Distrital, mediante la generación de informes de Ley (obligatorios o normativos), pronunciamientos y estudios de carácter económico, financiero, social y ambiental (estructurales y sectoriales).

## **1. Productos del Control Fiscal Macro**

Para el inicio del proceso macro, la Contraloría Distrital elabora el Plan Anual de Estudios (PAE); el cual es el documento en el que se planean y formulan los estudios y evaluaciones de carácter estructural- macro, sectoriales y normativos u obligatorios, para ser desarrollados durante el ejercicio del control fiscal de una vigencia.

Para la elaboración del PAE, se debe iniciar con el análisis de los lineamientos de los procesos de orientación institucional, enlace con clientes y proceso prestación de servicio macro y debe terminar con la divulgación del PAE debidamente aprobado a los Subdirectores de Economía y Finanzas Distritales y Subdirectores de análisis Sectorial dando continuidad con el procedimiento de control de documentos internos.

Los lineamientos de los procesos de orientación institucional son suministrados por el

Contralor Distrital en la Circular o memorando del señor Contralor y en los pre-memorandos de los Procesos de Enlace con los clientes y Prestación de Servicio Macro

Luego de elaborado el PAE, se establece la planificación de la realización de cada producto, se desarrollan los estudios y se efectúa seguimiento a los mismos; quedando por ultimo la realización del balance de los resultados con el fin de elaborar los planes de acción de mejoramiento.

### **1.1. Informes obligatorios de control fiscal macro.**

De acuerdo a dispuesto en el artículo 268 de la Constitución Nacional, el artículo 109 del Decreto Ley 1421 de 1993 y el Acuerdo Distrital 361 de 2009, la Contraloría del Bogotá D.C., es responsable de llevar el Balance Social y Evaluación de las Políticas Públicas del Distrito Capital, la Evaluación Integral a la Gestión de las Entidades y al Plan de Desarrollo del Distrito Capital, Informar al Concejo y al Alcalde Mayor sobre el estado de las finanzas del Distrito, el Registro de la Deuda Pública del Distrito y sus Entidades Descentralizadas, el Informe Anual sobre el estado de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente, el Dictamen a los estados contables consolidado del Distrito y, de la Cuenta General del Presupuesto y del Tesoro del Distrito Capital. Estos informes por ser de imposición constitucional, legal y reglamentaria reciben el nombre de obligatorios.

#### **1.1.1 Informe de control fiscal macro del Balance Social y Evaluación de las Políticas Públicas del Distrito Capital.**

Mediante este informe la Contraloría de Bogotá D.C., evalúa la gestión de la administración



desde la perspectiva de las políticas públicas formuladas en el Plan de Desarrollo o ejecutadas por la Administración Distrital, estas políticas públicas son definidas como el instrumento utilizado por el Estado para articular las diferentes alternativas de solución a determinados problemas que se originan en los diversos actores sociales.

### **1.1.2 Informe de control fiscal macro de Evaluación Integral a la Gestión de las Entidades y al Plan de Desarrollo del Distrito Capital.**

Mediante este informe la Contraloría de Bogotá DC, evalúa de manera consolidada y analítica la gestión y los resultados obtenidos por la administración Distrital en el manejo de los recursos durante una determinada vigencia, de acuerdo con los principios que orientan la vigilancia de la gestión fiscal. Este informe tiene como objetivo principal entregar a la Administración Distrital la evaluación de la gestión anual de sus entidades ejecutoras y responsables de las políticas públicas formuladas en el Plan de Desarrollo y el manejo de los recursos, para desarrollar estrategias y/o acciones oportunas de mejoramiento.

### **1.1.3 Informe de control fiscal macro del estado de las finanzas del Distrito Capital de Bogotá.**

El informe del Estado de la Finanzas del Distrito, es definido por la Contraloría de Bogotá como aquel documento que analiza el comportamiento de las finanzas públicas de la Administración Distrital en sus aspectos presupuestales, financieros y patrimoniales, en lo pertinente a la ejecución del presupuesto, el tesoro, el avance del plan de desarrollo, las inversiones financieras, el estado de la deuda pública y la certificación del balance general.

Este documento da a conocer cómo fue la actividad económica de Bogotá y la financiera del sector público. Contiene el análisis de la ejecución presupuestal de ingresos y gastos totales, superávit o déficit fiscal y presupuestal, superávit o déficit de tesorería y de

operaciones efectivas, registro de la deuda total, resultados financieros de las entidades distritales. Examina, analiza e informa las cifras consolidadas del Distrito Capital y de cada uno de los niveles de gobierno, facilitando elementos de juicio al Concejo y a la ciudadanía para ejercer la función de control de los bienes públicos.

#### **1.1.4 Informe de la Contraloría de Bogotá sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente en el Distrito Capital.**

El artículo 46 de la Ley 42 de 1993, faculta al Contralor General de la República, para efectos de presentar al Concejo el informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente, reglamentar la obligatoriedad para las entidades vigiladas de incluir en todo proyecto de inversión pública, convenio, contrato o autorización de explotación de recursos, la correspondiente valoración en términos cuantitativos del costo-beneficio sobre conservación, restauración, sustitución, manejo en general de los recursos naturales y degradación del medio ambiente, así como su contabilización y el reporte oportuno a la Contraloría. De esta manera en virtud de lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política Colombiana, el Contralor de Bogotá debe hacer lo correspondiente y presentar el informe ante el Honorable Concejo de Bogotá.

#### **1.1.5 Dictamen de la Contraloría de Bogotá SOBRE los estados contables de las entidades distritales sujetos del control fiscal.**

Para la elaboración de este producto, la Contraloría Distrital debe realizar una auditoría al proceso de consolidación de los Estados Contables del Distrito, que realiza la secretaria de Hacienda Distrital, auditoria que implica verificar los saldos de las operaciones recíprocas entre las entidades sometidas a la consolidación. Por otra parte, a través de las direcciones sectoriales debe realizar auditorías individuales para la evaluación de los estados contables

de las entidades del Distrito Capital sujetos de control.

En ese sentido, la opinión que expresa la Contraloría de Bogotá en este producto se integra a partir de los resultados de la auditoría al proceso de consolidación y a los dictámenes de cada una de las entidades objeto de control seleccionadas por el ente fiscalizador.

En este sentido el informe debe contener la Carta del Dictamen producto de la auditoría al proceso de consolidación de los estados contables del Sector Público Distrital y los resultados de las auditorías individuales y los capítulos de Gestión contable e incidencia de los resultados en los estados contables del Distrito Capital así como los anexos de los resultados de la evaluación de los estados contables de las auditorías individuales.

#### **1.1.6 Informe de la Contraloría de Bogotá sobre la cuenta general del presupuesto y del tesoro del Distrito Capital**

Este producto se realiza sobre la información presupuestal a 31 de diciembre de cada vigencia, donde se consolidan las cifras por entidades, por niveles de gobierno y global Distrital. Sin embargo en el transcurso de la misma se realizan informes bimestrales (Administración Central, Establecimientos Públicos, Empresas Sociales del Estado y Empresas Industriales y Comerciales y Sociedades de Economía Mixta con el régimen de éstas).

El documento contentivo del informe debe comprender el análisis de la ejecución presupuestal de ingresos y egresos y de las cuentas que conforman el tesoro del Distrito Capital en su conjunto. Incluye el estado comparativo de la ejecución de los ingresos y gastos que refleje el superávit o déficit resultante. Para el efecto se realiza el examen

consolidado de las operaciones presupuestales y de tesorería del Sector Público Distrital y de sus niveles de gobierno.

## **2. Informes Estructurales de la Contraloría Distrital de Bogotá.**

Los estudios o informes estructurales son aquellos cuyo propósito es realizar evaluaciones de políticas públicas con una visión integral sobre uno o varios asuntos económicos, sociales, políticos, culturales y ambientales del Distrito Capital. Estos estudios pueden involucrar temáticas que por su naturaleza corresponden a más de una Dirección Sectorial, es decir que incorporan transversalidades intersectoriales.

Las políticas públicas se definen como el conjunto de directrices, criterios y lineamientos determinados por un gobierno frente a situaciones socialmente problemáticas, que pretenden mejorarse. Estas políticas son definidas en los Planes de gobierno

## **3. Estudios Sectoriales de la Contraloría de Bogotá.**

Los estudios sectoriales, son definidos como aquellos cuyo propósito es realizar evaluaciones de políticas públicas, con una visión sectorial; de acuerdo a la estructura de la Administración Distrital adoptada mediante Acuerdo 257 de 2006; sobre uno o varios aspectos económicos, sociales, políticos, culturales y ambientales en el ámbito sectorial.

## **4. Pronunciamientos de la Contraloría Distrital de Bogotá.**

Los pronunciamientos son comunicaciones suscritas por el Contralor de Bogotá, dirigida a los clientes y/o partes interesadas, donde fija una posición, emite concepto técnico o realiza recomendaciones sobre temáticas de carácter macro fiscal, sectorial o de impacto social, que tengan origen en proyectos de Acuerdo, Debates en el Concejo de Bogotá, o en medidas de política pública, acciones u omisiones que tome la Administración Distrital o que la afecten.

## **5. De la competencia de la Contraloría de Bogotá para certificar el registro de deuda pública Distrital.**

La Contraloría de Bogotá define el certificado de la deuda, como aquel que expide dicha entidad donde consta que el organismo de control tiene conocimiento de la deuda adquirida y procede a llevar su registro y seguimiento.

La Contraloría de Bogotá, ha señalado que el proceso para su elaboración se inicia con la solicitud escrita o puesta en conocimiento por parte de la entidad prestamista y la recepción de la información soporte del crédito radicada en la Central Única de Cuentas; luego de lo cual se verifica que la información aportada llene los requisitos exigidos por las normas legales vigentes, posteriormente se procede a la elaboración y expedición del registro de deuda pública correspondiente. De esta información y de la requerida en los formatos SEUD se debe dar reporte a la Contraloría General de la República.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL MICRO A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN BOGOTÁ D.C.**

Se entiende por control micro de la vigilancia de la gestión fiscal aquel se ejerce sobre cada

una de las entidades que actúan y desarrollan sus actividades con autonomía e independencia dentro del respectivo sector y subsector al cual pertenecen para efectos del ejercicio del control fiscal.

La vigilancia fiscal sobre el nivel micro del Distrito Capital, se materializa en la vigilancia permanente que se realiza a todas las entidades sujetas de control de la Contraloría de Bogotá. Actividad que es realizada por intermedio de las diversas auditorías que aplica el ente de control sobre el desempeño en la gestión fiscal y de resultados de administración distrital en todos sus órdenes. Este proceso de auditoría empieza con el memorando de encargo de auditoría, el cual da inicio al proceso auditor, y culmina con la respectivo conformidad que del plan de mejoramiento que se suscriba otorga el funcionario encargo de la Contraloría.

Bajo estos presupuestos, a continuación nos disponemos este procedimiento en el Distrito Capital

## **1. El Proceso Auditor en el Distrito Capital.**

El proceso auditor en Bogotá, es desarrollado por la Contraloría con base en las normas de auditoría según el procedimiento de la auditoría gubernamental con enfoque integral, el cual es un proceso sistemático que mide y evalúa, acorde con las Normas de Auditoría Gubernamental Colombianas prescritas por la Contraloría General de la República, la gestión o actividades de una organización, mediante la aplicación articulada y simultánea de sistemas de control, con el fin de determinar con conocimiento y certeza, el nivel de eficiencia en la administración de los recursos públicos, la eficacia con que logra los

resultados y su correspondencia entre las estrategias, operaciones y propósitos de los sujetos de control, de manera que le permitan fundamentar sus conceptos y opiniones.

La Auditoría Gubernamental con enfoque Integral se aplica en la Contraloría de Bogotá, D.C. a través de dos modalidades de auditoría:

1. REGULAR: Esta modalidad de auditoría comprende un alcance con mayor cobertura y conduce a emitir el Dictamen Integral de la Gestión y el Fenecimiento de la Cuenta.
2. ESPECIAL: Aplica cuando la Contraloría tiene especial interés en focalizar la evaluación en un aspecto específico.

## **2. Los hallazgos temerarios y las consecuencias penales y disciplinarias para el servidor público del control fiscal.**

Ya hemos dicho que los hallazgos administrativos, fiscales, penales y disciplinarios, son el resultado del ejercicio del proceso auditor, donde se identifican hechos y situación con notada importancia que afectan el resultado de la gestión de quienes ejercen gestión fiscal. En síntesis un hallazgo es la diferencia entre la conducta del agente del Estado que realiza gestión fiscal y los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios que definen los fines del Estado con observancia de los principios que rigen la función pública, como también los preceptos legales del derecho sancionatorio disciplinario y penal.

De conformidad con lo anterior, tenemos que los hallazgos que identifique la contraloría en el marco del proceso auditor, deben ceñirse al principio de legalidad consagrado en la Constitución Nacional como garantía del debido proceso. De esta manera, tenemos que

para los hallazgos fiscales existe la Ley 610 de 2000 la cual establece en el artículo sexto el concepto de daño patrimonial a Estado; la Ley 734 de 2002 “Código Disciplinario Único de los Servidores Públicos”, que establece entre otras, las faltas disciplinarias y las obligaciones y deberes de los servidores públicos, esto último en concordancia con las demás normas que regulen la materia, el código penal, Ley 599 de 2000 y demás normas que consagran los llamados paratipos penales.

Hasta este punto, sólo hemos expresado la base legal para estructurar los diferentes hallazgos, lo cual no genera ningún inconveniente, toda vez que al estructurar los mismos, el funcionario de la contraloría debe tener en cuenta la tipicidad de la conducta del sujeto de control fiscal que pueda ser constitutiva de delito, falta disciplinaria, detrimento patrimonial o malas prácticas administrativas. Lo que importa aquí, es sí el ente de control fiscal llegare a realizar adecuaciones típicas de conductas de manera temeraria.

La temeridad en estos casos, implica por si sola el abuso del derecho del servidor encargado de ejercer el control fiscal, convirtiéndose al mismo tiempo en una actuación irresponsable que afecta a la ciudadanía en general, pues puede lesionar los derechos de los ciudadanos de modo injustificado, como también a la administración pública por cuanto la conduce a fines fútiles pudiendo generar un detrimento patrimonial al Estado.

La temeridad del hallazgo, constituye en la práctica un acto de deslealtad con el sujeto de control. La temeridad, se constituye en el desconocimiento del principio constitucional de la buena fe consagrado en el artículo 83 al señalar que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. De modo tal, que la temeridad comportad una actitud dolosa, pues implica el abuso del derecho del funcionario



del ente de control fiscal, conducta que amerita una sanción y a que a la vez requiere ser demostrada para poder desvirtuar el principio constitucional de buena fe, razón por la cual no siempre es fácil probar tal situación.

No obstante, el Código de Procedimiento Penal vigente- Ley 906 de 2004, nos ilustra claramente en que casos se presume que se ha actuado con temeridad o mala fe, de idéntico contenido al artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, presunciones que perfectamente son aplicables a los funcionarios de las contralorías a la hora de estructurar este tipo de hallazgos. De esta manera, tenemos que el artículo 141 establece.

*Artículo 141. TEMERIDAD O MALA FE. Se considera que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos:*

- 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal en la denuncia, recurso, incidente o cualquier otra petición formulada dentro de la actuación procesal.*
- 2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.*
- 3. Cuando se utilice cualquier actuación procesal para fines claramente ilegales, dolosos o fraudulentos.*
- 4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas u otra diligencia.*
- 5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal de la actuación*

La temeridad es una figura que ha sido prevista en diferentes disposiciones legales, estableciendo a la vez las consecuencias para aquellas personas que incurran en estas

conductas. De esta manera, tenemos que el actuar temerario de los funcionarios públicos puede generar responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de los deberes y por encontrarse incurso en las prohibiciones consagradas para todo funcionario público.

Igualmente, en determinado caso siempre que se reúnan los requisitos exigidos por la ley, en los hallazgos penales que se estructuren como consecuencia del proceso auditor y de llegarse a probar la temeridad, puede ser constitutivo del delito de “falsa denuncia”, tipificado en el artículo 435 del Código Penal de la siguiente manera: “el que bajo juramento denuncie ante la autoridad una conducta típica que no se ha cometido”.

### **3. El principio del Nom Bis In Ídem en el Proceso Auditor.**

El principio de Nom Bis In Idem, en el ordenamiento jurídico colombiano es de rango constitucional, consagrado en la parte final del inciso 4º del artículo 29 de la Constitución Nacional, como aquel derecho de toda persona a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Esta garantía como todas aquellas de carácter fundamental, es aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas y por consiguiente a toda la actividad de vigilancia que ejercen las contralorías.

Sobre la aplicación de este principio en desarrollo del proceso auditor, tenemos que este encuentra aplicación durante el proceso de auditoría, sólo en cuanto a las acciones que aún se encuentren pendientes en tratándose de los planes de mejoramiento producto de auditorías anteriores. Es decir, sí como producto de la auditoría desarrollada en el año anterior o cualquier otro año, se encuentra pendiente por desarrollarse una actividad de mejoramiento a la cual se comprometió la administración y el plazo para cumplir con esta a la fecha se encuentra vigente, el grupo auditor en los resultados de la auditoría que se esté

desarrollando en el presente debe abstenerse de consignar en el informe final de auditoría el hallazgo administrativo que se encuentra vigente y pendiente de ejecución por la Entidad, contenido en un plan de mejoramiento, pues de lo contrario se estaría violando este principio constitucional.

Igualmente, hay que hacer precisión sobre aquellos eventos en que la administración no cumple con lo consignado en el plan de mejoramiento en los plazos previstos, el representante de la Entidad estaría incurso en un incumplimiento del plan de mejoramiento lo cual genera la sanción correspondiente previo el trámite del proceso administrativo sancionatorio y en consecuencia la actividad pendiente, puede volver a ser consignada en un informe final de auditoría como hallazgo fiscal; es decir en esta circunstancia no se estaría desconociendo el derecho fundamental del *Nom Bis In Idem*. Existe vulneración a este principio cuando la Contraloría incluye dentro del plan de auditoría actuaciones sobre las cuales ya se realizó el control fiscal en todas sus modalidades sin que haya arrojado hallazgo alguno, esto es, si ya la actuación fue auditada y no existe justificación, prueba o ingrediente estructural sobreviniente para activar la auditoría como herramienta del control fiscal, no hay razón alguna para desgastar a la administración del control fiscal para volverla auditar, pues con ello se estaría persiguiendo un fin distinto al previsto en la inanidad normativa del proceso auditor. Pero si se trata de una actuación continua de gestión susceptible igualmente de un consecutivo y permanente ejercicio del control fiscal como en el caso de los contratos estatales de tracto sucesivo como las concesiones viales, o los contratos de suministro de bienes y servicios, es posible realizar todas las auditorías a que haya lugar sin perjuicio de las que se hayan realizado, basadas en el principio de reapertura de los procesos de responsabilidad fiscal por prueba sobreviniente.

#### **4. La audiencia o mesa de discusión del informe preliminar de auditoría**

### **fiscal: Naturaleza, alcance y metodología para su desarrollo.**

La mesa de discusión del informe preliminar, es un “espacio conversacional desarrollado durante el Proceso Auditor cuyo propósito fundamental es lograr que el equipo auditor interactúe permanentemente, valide los hallazgos administrativos, fiscales, penales y disciplinarios, de igual forma, comparta conocimientos, técnicas de auditoría resultados y mejore los canales de comunicación en las tareas realizadas, con el fin de lograr el cumplimiento de los objetivos propuestos y el avance en la ejecución de los Programas de Auditoría.

En desarrollo de las reuniones los participantes de la mesa deben:

- Propiciar un clima de cordialidad, buscando la permanente integración de los miembros.
- Estimular y permitir la expresión de los diferentes puntos de vista de los miembros del equipo.
- Separar los momentos de generación de las ideas y propuestas, de la evaluación de las mismas.
- Ponderar y estimular las actitudes constructivas de mejoramiento.
- Expresar las ideas, los puntos de vista y los aportes de manera concisa, coherente y ordenada”.

Desde el punto de vista práctico, la mesa de discusión del informe preliminar, es la oportunidad con la que cuenta el sujeto de control para desmontar o defenderse de los

hallazgos que ha encontrado el equipo auditor y que posteriormente quedaran consignados de manera definitiva en el informe de auditoría. Esto depende del conocimiento y manejo que tengan los representantes de la Entidad auditada, en la mesa de trabajo, de los procesos que se desarrollan al interior de dicha entidad, de los fundamentos legales que revisten su actuación en los casos particulares en los que se pretenda montar el hallazgo. Es importante señalar, que el grupo auditor en la mesa de trabajo donde se discuta el informe preliminar, deberá tener en cuenta la respuesta que le formule o rinda la Entidad sobre su gestión, y luego de analizada la respuesta de manera motivada deberá explicar las razones en derecho por las que desestima las repuestas.

Para ello, debe el grupo auditor estar desprovisto de consideraciones caprichosas, arbitrarias, extralimitadas en funciones, o motivadas con fines cuantitativos de mostrar indicadores de gestión de auditoría al interior de la contraloría, pues lo que está de por medio es el Estado de Derecho, el ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica, y la dignidad humana misma, que compromete los valores y principios democráticos consignados en la Carta Política.

## **5. El Informe Preliminar de la Auditoría Fiscal.**

El procedimiento para los informes de auditoría, inicia con la presentación en mesa de trabajo, antes descrita, de los resultados por componente de integralidad por parte cada auditor y termina cuando el Equipo de Auditoría realiza las actividades de cierre de auditoría.

El informe preliminar, es el producto de la consolidación de las actas de mesa de trabajo retomando los diferentes hallazgos, agrupados por componente de integralidad, los cuales han sido validados en mesa de trabajo y comunicados al sujeto de control y de manera

general encuentran sustento jurídico en la Constitución Política de Colombia, artículos 268 y 272. La Ley 42 de 1993, artículos 8 y 65. “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”. El Decreto Ley 1421 de 1993, artículo 105. “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital” y la Resolución 4721 del 3/03/99 de la CGR. “Normas de Auditoría Gubernamental Colombianas”.

## **6. El informe definitivo de auditoria fiscal.**

El informe definitivo, es el documento final del proceso auditor que sintetiza el resultado de los objetivos definidos en el memorando de planeación. En él, se debe expresar las conclusiones finales a las que ha llegado el equipo de auditoría, luego de realizar el proceso auditor, en torno de la gestión y los resultados, la opinión de los estados contables y evaluación del sistema de control interno. Igualmente, debe integral por cuanto se ha hecho una evaluación conjunta al aplicar en forma articulada los diferentes sistemas de control.

Es aquí donde el grupo auditor, debe excluir del informe final todos aquellos hallazgos que la Entidad en ejercicio del derecho de defensa, fundado en el Estado de derecho y en el ordenamiento jurídico, halla logrado desestructurar. Debe abolirse, por el principio de defensa de la Constitución aquél aforismo cotidiano que pregona *“un hallazgo no se le niega a nadie, y que se defiende ante las autoridades correspondiente”*. Semejante práctica lesiona de manera sensible e importante el acuerdo sobre lo fundamental a que llegamos en la Constitución de 1991, los derechos fundamentales, el principio democrático, la seguridad jurídica, la dignidad humana, el Estado social, democrático y participativo de derecho, el debido proceso, el principio de igualdad, el principio de legalidad, y los valores constitucionales que en la humanidad de hoy ya no tienen discusión.

## **7. Los Planes de Mejoramiento de los sujetos de control fiscal como consecuencia de los hallazgos administrativos.**

El plan de mejoramiento, es el documento que suscriben los representantes legales de las entidades u organismos públicos, particulares y/o representantes legales de entidades de carácter privado, sujetos de control de la Contraloría de Bogotá D.C., con el propósito de realizar acciones que subsanen, corrijan o prevengan situaciones que afectan de forma importante el desempeño y cometidos del sujeto de control que fueron evidenciadas en los informes finales de Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral.

Estos planes de mejoramiento son objeto de seguimiento por parte de la Contraloría y permite determinar el avance porcentual y/o el cumplimiento de las acciones de mejoramiento previstas por el representante legal que suscribió el Plan de Mejoramiento. El seguimiento se realiza de semestralmente a la ejecución de las acciones suscritas en los Planes de Mejoramiento de los sujetos de control que lo suscriban y termina con el análisis en Comité Técnico Sectorial de la necesidad de dar inicio a un Proceso Administrativo Sancionatorio por incumplimiento del mismo.

Una vez suscrito el plan de mejoramiento, es posible solicitar modificaciones al mismo y en tal evento, el procedimiento inicia con el análisis de la solicitud de modificación al Plan de Mejoramiento presentado por el sujeto de control y termina con la aprobación o desaprobación de la solicitud de modificación al Plan de Mejoramiento y comunicación al sujeto de control la decisión tomada.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y DE JURISDICCIÓN COACTIVA POR EL DAÑO PATRIMONIAL OCURRIDO CON OCASIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN EL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ.**

El proceso de responsabilidad fiscal en el Distrito Capital, al igual que en las demás contralorías, se encuentra previsto como una competencia de este órgano de control desde el punto vista constitucional e igualmente regulado por la Ley 610 de 2000. En términos generales sus características del proceso de responsabilidad son idénticas, razón por la cual su análisis se llevará a cabo en un capítulo aparte.

De esta manera para el caso de Bogotá DC, nos limitaremos de revisar las competencia para adelantar este proceso, haciendo referencia a su regulación de modo particular, con base en las resoluciones expedidas por la contraloría de conformidad con la potestad reglamentaria de la goza la misma.

#### **1.- De la competencia para el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, y del proceso de jurisdicción coactiva en la Contraloría de Bogotá D.C.**

Las competencias para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, al interior de la Contraloría de Bogotá, se encuentra determinada por una parte, por el Acuerdo del Consejo de Bogotá 361 del 6 de enero de 2009, por el cual se organiza la Contraloría de Bogotá, D.C., se determinan las funciones por dependencias, se fijan los principios generales inherentes a su organización y funcionamiento y se dictan otras disposiciones, y por otro lado de manera específica la función de adelantar el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, actualmente se sigue en la Contraloría de conformidad con lo establecido en la Resolución Orgánica 022 de agosto 19 de 2004, Por la cual se asignan unas competencias para el trámite de los procesos de Responsabilidad Fiscal, se regula el reparto de expedientes y se dictan otras disposiciones, modificada por la Resolución Reglamentaria



039 de 2004.

De esta manera, tenemos que en tratándose de la indagación preliminar la competencia esta radicada en las siguientes dependencias:

*“Los asesores del Grupo de Actuaciones Especiales, adscritos al Despacho del Contralor, serán competentes para adelantar indagaciones preliminares que por su naturaleza, posible impacto en el patrimonio distrital, complejidad, oportunidad y especialidad en su conocimiento le sean asignados por el Contralor.*

*Las Direcciones Sectoriales de Fiscalización, a través de los Directores Sectoriales de Fiscalización y Subdirectores de Fiscalización, son competentes para adelantar indagaciones preliminares por hechos relacionados con la gestión fiscal de los sujetos de fiscalización sobre los que ejercen auditoría, que no estén asignadas al Grupo de Actuaciones Especiales”.*

En cuanto a la competencia para el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, esta se encuentra asignada de la siguiente manera:

1. El trámite de procesos que se adelanten contra el Alcalde Mayor, Veedor Distrital, Personero Distrital y Concejales de Bogotá D.C.; así como aquellos que por su naturaleza, posible impacto en el patrimonio público, complejidad, oportunidad y especialidad en su conocimiento, el Contralor disponga, serán de competencia del Director de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, en primera instancia.

El Contralor de Bogotá D.C., conocerá en segunda instancia del grado de consulta previsto en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 y del recurso de apelación que conforme a las leyes que lo regulan, admitan la apelación interpuesta contra las providencias proferidas en los

procesos de que conozca en primera instancia la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva. La sustanciación estará a cargo de los funcionarios adscritos a la Oficina Asesora Jurídica.

2. Los procesos de Responsabilidad Fiscal cuya competencia no esté asignada a la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, serán de competencia del Subdirector del Proceso de Responsabilidad Fiscal, en primera instancia, quien podrá comisionar para la práctica de pruebas a los funcionarios adscritos a la Subdirección.

La Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, conocerá del grado de consulta previsto en el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 y del recurso de apelación que, conforme a las leyes que lo regulan, admitan la apelación interpuesta contra las providencias proferidas en los procesos de que conozcan en primera instancia la Subdirección del Proceso de Responsabilidad Fiscal y la Subdirección de Jurisdicción Coactiva.

## **2.- Actuaciones y procedimientos reglamentarios en el ejercicio de la titularidad de la acción fiscal por parte de la Contraloría de Bogotá D.C.**

De conformidad con la potestad reglamentaria de las contralorías, en el Distrito Capital la contraloría expidió el procedimiento necesario para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal de conformidad con sus competencias.

En este orden de ideas, tenemos que mediante la Resolución Reglamentaria N° 005 del 29 de febrero de 2008 “Por la cual se modifican los documentos y Procedimientos del Proceso de Prestación de Servicio de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría de Bogotá D.C.”, se estableció el procedimiento interno para declarar la

responsabilidad que se desprenda del ejercicio de la gestión fiscal, cuyo objeto consiste en “establecer el conjunto de actividades a seguir para la obtención de los productos: Fallo con Responsabilidad Fiscal, Fallo Sin Responsabilidad Fiscal y Auto por el cual se Acepta el Pago Total y se Archiva el Proceso Ejecutivo del Proceso de Prestación de Servicio de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva”.

## **CAPÍTULO SEXTO**

### **EL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO DE NATURALEZA FISCAL EN LA CONTRALORÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ CONTRA LOS SUJETOS DEL CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL**

El proceso administrativo sancionatorio fiscal es definido por la Contraloría de Bogotá como *el conjunto de actuaciones administrativas que adelanta la contraloría cuyo fin es facilitar el ejercicio de la vigilancia fiscal, dirigida a impulsar el correcto y oportuno cumplimiento de ciertas obligaciones que permiten el adecuado, transparente y eficiente control fiscal. Con este proceso no se pretende resarcir, ni reparar el daño sino se busca un medio conminatorio que se fundamenta en el poder correccional del Estado.*

#### **1. Fundamentos constitucionales del proceso administrativo sancionatorio de naturaleza fiscal.**

La potestad sancionatoria de las contralorías se encuentra consagrada en la Constitución de la siguiente manera: Art. 268, N° 5° El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: *“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”*

Las Contralorías son organismos de Control fiscal que en el ejercicio excepcional de sus funciones y basándose en el precepto constitucional descrito anteriormente, pueden ejercer la potestad sancionatoria. Esta potestad se ha desarrollado por los artículos 99, 100, 101, 102, 103 y 104 de la Ley 42 de 1993 de la siguiente manera:

“Art. 99 Los contralores podrán imponer sanciones directamente o solicitar a la autoridad competente su aplicación. La amonestación y la multa serán impuestas directamente: La solicitud de remoción y la suspensión se aplicarán a través de los nominadores.

“Art. 100. Los contralores podrán amonestar o llamar la atención a cualquier entidad de la administración, servidor público, particular o entidad que maneje fondos o bienes del Estado, cuando consideren, con base en los resultados de la vigilancia fiscal que han obrado contrariando los principios establecidos en el artículo 9 de la presente Ley, así como por obstaculizar las investigaciones y actuaciones.

Sobre la naturaleza de estas sanciones, la Corte Constitucional se ha pronunciado y al respecto estableció: *“Esta Corporación tampoco encuentra que la existencia de multas y amonestaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, vulneran el principio del non bis in idem en relación con las sanciones disciplinarias de los mismos nombres, pues como lo ha dicho en varias oportunidades esta Corte, sólo es posible predicar la vulneración del artículo 29 superior cuando dos sanciones consagran "identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación". Pues bien, la multa sancionatoria en el proceso de responsabilidad fiscal pretende resarcir el daño causado al erario público, mientras que la multa en el proceso disciplinario se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable. Así mismo, la multa y la amonestación como medidas correccionales en el proceso*

*fiscal, no tienen la misma naturaleza que las sanciones disciplinarias del mismo nombre, como quiera que, estas últimas, son impuestas como consecuencia del incumplimiento de los deberes propios del servidor público y, las primeras facilitan el ejercicio de la vigilancia fiscal. De igual manera, las medidas comparadas no tienen el mismo objeto, ya que las primeras pretenden sancionar una conducta reprochable disciplinariamente y, las segundas, buscan garantizar la eficiencia y eficacia del control fiscal. Finalmente, las multas y las amonestaciones correccionales y disciplinarias tampoco se identifican en cuanto al sujeto pasivo, como quiera que las primeras podrán imponerse a cualquier persona que maneje bienes o fondos del Estado, mientras que las sanciones disciplinarias se desenvuelven en el estricto ámbito de la función pública”.*

## **2. Naturaleza administrativa y fundamentos legales del proceso administrativo sancionatorio fiscal.**

La ley 42 de 1993, en sus artículos 99, 100, 101 y 102 ha reglamentado la potestad constitucional otorgada a los contralores de imponer sanciones, amonestar o llamar la atención a cualquier entidad administrativa, servidor publico, o particular que en el ejercicio de la gestión pública te a su cargo o administre fondos o bienes del Estado, cuando se vislumbren actuaciones o procederes contrarios a los principios establecidos en dicho precepto normativo.

Esta reglamentación legal, obedece en principio al deber de ejercer en debida forma el Control fiscal y estructurar lineamientos normativos sobre los cuales los sujetos de control deberán obrar logrando el oportuno cumplimiento de sus obligaciones fiscales. De no hacerlo, la contraloría deberá adelantar las acciones sancionatorias que enmarcándose dentro de las disposiciones administrativas legales y el debido proceso haya lugar.

Así pues, las acciones tendientes a sancionar administrativamente a los sujetos del control fiscal, deberán adelantarse con observancia al debido proceso y a la respectiva regulación

legal en virtud a que el ordenamiento jurídico colombiano no puede admitir una actuación desmesurada de la administración hacia el administrado colocando en situación de absoluta desigualdad. En este sentido, constituye los principios de legalidad y del debido proceso una garantía procesal administrativa, que le permite al administrado ejercer su derecho a la defensa y a la contradicción con el único fin de propender por sus intereses en un escenario justo y equitativo, donde por lo menos se consagra la oportunidad de controvertir, defender y practicar pruebas con el objeto de esclarecer los hechos que presuntamente son constitutivos de violaciones u obstrucción de la vigilancia fiscal y en tal sentido endilgar responsabilidades y sancionar dichas conductas.

Al respecto, la ley 42 de 1993, en su artículo 100, establece:

“Art. 100. – Los contralores podrán amonestar o llamar la atención a cualquier entidad de la administración, servidor publico, particular o entidad que maneje fondos o bienes del Estado, cuando consideren con base en los resultados de la vigilancia fiscal que han obrado contrariando los principios establecidos en su artículo 9 de la presente ley, así como por obstaculizar las investigaciones y actuaciones que adelanten las contralorías sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar por los mismos hechos.

Parágrafo. Copia de la amonestación deberá remitirse al superior jerárquico del funcionario y a las autoridades que determinen los órganos de control fiscal”.

Dentro de las sanciones aplicables mediante el proceso administrativo sancionatorio fiscal, el artículo 101 de la Ley 42 de 1993, establece que *“los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes no comparezcan a las citaciones que en forma escrita les*

*hagan las contralorías; no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas; incurrirán reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes; se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas; de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida; no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías; no cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello”.*

Sobre este artículo, la Corte Constitucional, asumió el estudio de la demanda de inconstitucionalidad del aparte subrayado del artículo anteriormente descrito, declarando su constitucionalidad condicionada bajo los argumentos que a continuación se exponen.

“En relación con la acusación que el actor dirige contra la expresión final del artículo 101 de la Ley 42, en el sentido de que, a su juicio, se faculta a los contralores para imponer multas no sólo en los eventos específicamente determinados, sino -cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello, la Corte considera:

En el art. 101 se otorga competencia a los contralores para imponer multa a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, cuando no comparezcan a las citaciones que se les hagan, no rindan las cuentas o informes exigidos o lo hagan extemporáneamente, incurran reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas o informes, se les hagan glosas de forma en la revisión de sus cuentas, entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones de las contralorías o no les suministren las informaciones solicitadas, no cumplan con la obligación de asegurar los fondos valores o bienes bajo su responsabilidad o los aseguren en cuantía inferior a la requerida, no

adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías y no cumplan con las obligaciones fiscales que les corresponden.

A juicio de la Corte, la expresión demandada debe ser interpretada, no en el sentido que le da el demandante, esto es, que se trata de una atribución de los contralores para imponer multas por conductas que no se encuentran descritas o tipificadas en la ley, pues de ser así la norma sería inconstitucional, porque la imposición de la referida sanción quedaría librada a los criterios subjetivos de los contralores, lo cual sería contrario al principio de la legalidad de las penas y los delitos que rige todo el derecho punitivo.

No es suficiente que la ley establezca una sanción, sino que es menester, por principio, que también se define expresa y cabalmente los elementos que caracterizan la conducta que acarrea la sanción. Por consiguiente, no puede el legislador otorgar atribuciones facultativas para que el encargado de aplicar la sanción pueda al momento de hacerlo definir la conducta punible. Admitir esto implicaría que quien impone la sanción asume al mismo tiempo la función de legislador.

En cambio, interpretado el aparte acusado en el sentido en que esta Corte lo entiende, es decir, que él no constituye una causal autónoma que autoriza la sanción de multa a juicio de los contralores, sino que contiene simplemente una regla a seguir cuando se trate de aplicar sanciones por la comisión de las faltas que expresamente tipifica la norma. En tal virtud, se declarará exequible la expresión acusada bajo el entendido de que siempre que se trate de imponer sanciones por las faltas que aparecen descritas en la norma, a criterios de los contralores debe existir suficiente mérito para ello”.

### **3. Principios constitucionales de la función administrativa aplicables al proceso**



## **administrativo sancionatorio de naturaleza fiscal.**

La nueva Carta Política ha establecido como principios rectores de la actuación administrativa, que dada la naturaleza administrativa de las actuaciones procesales en los procesos administrativos sancionatorios de naturaleza fiscal, resultan aplicables en todas las actuaciones del proceso.

Es así, como la Constitución establece 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. Pero a demás de los principios de la función administrativa, el igualmente aplicable el principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Con base en este precepto de orden constitucional se hace estricta mención al cumplimiento y seguimiento de los procedimientos, actos procesales y garantías por parte de todos los sujetos que estén inmersos dentro de determinada actuación procesal administrativa. Limitando el libre y en ocasiones arbitrario ejercicio de las potestades reglamentarias de la administración y ciñéndolas en un escenario de igualdad procesal y material.

Sin embargo, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento establecido con exclusividad para el ejercicio del Proceso Administrativo Sancionatorio Fiscal de manera que la Contraloría General de la República expidió la Resolución Orgánica 5554 de 2004, recopilando de esta manera los conceptos y procedimientos que deben aplicarse en el ejercicio del Proceso Administrativo Sancionatorio Fiscal.

Dicha Resolución Orgánica en su artículo 1º, establece que la naturaleza jurídica del

procedimiento administrativo sancionatorio es de naturaleza administrativa, y en su desarrollo se aplicarán las disposiciones del libro primero del código contencioso administrativo, decreto ley 01 de 1984 y demás normas de carácter legal que lo modifiquen o adicionen.

Dentro de los principios aplicables al proceso administrativo sancionatorio de naturaleza fiscal de competencia de la contraloría se establecen los siguientes:

**a) Del Derecho de Defensa.**

Este principio consiste en que una vez iniciado el proceso administrativo sancionatorio fiscal, fundamentado con acervo probatorio sólido se le garanticen las oportunidades procesales al implicado para que con fundamento en los cargos que se le atribuyen participe de manera activa en el debate probatorio. De este modo pueda allegar, analizar, controvertir y alegar dichas pruebas que como es sabido deberán reunir los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad con el fin de ser tenidas en cuenta y poder ser valoradas

**b) Del Principio de presunción de inocencia del procesado.**

“Toda duda deberá resolverse a favor del procesado”. El presente postulado obliga a que en el evento de procesar a un agente en virtud de la función pública se deberá tener certeza absoluta de la participación de este en la conducta objeto del proceso.

Además de estas consideraciones vale la pena resaltar que la carga de la prueba le corresponde al Estado en tanto que el bien jurídicamente tutelado es el patrimonio público y para desvirtuarla sea necesaria la prueba que se practica haya tenido lugar en un juicio

con la observancia de todas las formalidades y garantías procesales previstas.

De esta manera se afirma que para poder condenar los comportamientos constitutivos de detrimento patrimonial deberá existir la absoluta certeza de la culpabilidad del agente ya que como sabemos, opera la presunción de la inocencia hasta que mediante los actos procesales y de derecho se demuestre lo contrario. Dicho en otros términos, la inocencia se presume cierta mientras que la culpabilidad deberá probarla quien tenga la carga de la prueba. Así pues para este caso la carga de la prueba la tendrá el Estado mediante la Contraloría Distrital de Bogotá.

**c) Del Principio de la culpabilidad de la conducta debe ser exclusiva del agente.**

El proceso administrativo sancionatorio fiscal que haya iniciado deberá tratar de establecer mediante la responsabilidad objetiva el análisis de la conducta del agente. Es decir, se deberá realizar un análisis minucioso de la conducta del agente encartado con el fin de establecer si la omisión de los deberes por los cuales se le investiga obedecen a una intención de realizarla o a su negligencia, imprudencia, e impericia, salvo que concurren las causales de justificación que den la configuración de fuerza mayor o caso fortuito.

**d) Del Principio de legalidad.**

El principio de legalidad a la luz del ordenamiento jurídico colombiano tiene por lo menos tres connotaciones fundamentales. Estas son, advertencia o prevención a los funcionarios, garantía para los derechos de los funcionarios y constituye una limitante a las actuaciones del Estado. Como advertencia o prevención significa que la creación y publicación de las

normas que dan crédito a su existencia de cierta forma previenen a dichos funcionarios de manera anticipada para que conozcan las faltas por las cuales se les puede juzgar por su comportamiento. La segunda connotación se refiere a a las garantías procesales de los funcionarios implicados ya que todas las actuaciones deberán surtirse dentro del cumplimiento de los preceptos legales previamente establecidos para dichos fines y de ninguna forma se podrá dejar al funcionario encartado al libre arbitrio de sus superiores jerárquicos, limitando de esta forma que aquellos en el ejercicio de sus funciones “inventen” conductas no preexistentes al hecho que se atribuye haciéndolas parecer como faltas graves. La tercera connotación hace referencia entonces al limite que se impone al Estado en el escenario propio del juzgamiento ya que efectivamente elimina la potestad sancionatoria respecto de las conductas que normativamente no estén establecidas como faltas al momento de su comisión.-

En consonancia con los lineamientos establecidos con anterioridad, decimos que este principio tiene conexión directa muy fuerte con el principio de irretroactividad de la ley, ya que este imposibilita el ejercicio de imposición de sanciones a conductas que aun no tienen tipificación ni calificación de nocivas o que han sucedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma norma.

**e) Del Principio de favorabilidad.**

En aras de proteger y garantizar los derechos de los funcionarios implicados, se hizo necesaria la incorporación de este principio en el proceso administrativo sancionatorio fiscal, en virtud del cual se establece la retroactividad de la norma más favorable, aun cuando sea posterior con prelación sobre aquella restrictiva o desfavorable.

Bajo las directrices garantistas dentro de las cuales se establece el proceso

**f) Del Principio de Cosa Juzgada**

Este principio establece la imposibilidad que tiene la administración de sancionar sobre lo ya sancionado, debido a que la conducta que ha causado el detrimento patrimonial ya ha sido analizada y se ha producido un pronunciamiento sea sancionatorio o no y sobre este no puede volverse a enjuiciar.

En la Contraloría Distrital, el principio se circunscribe a los periodos fiscales. De manera que si dicho órgano de control ha impuesto una sanción a un funcionario por hechos ocurridos en el año 2009, no podrá imponer la misma sanción por los mismos hechos durante el mismo periodo fiscal. Sin embargo si en el mismo periodo fiscal se han transgredido varias causales que den lugar a la imposición de sanciones, el principio ya no se vería quebrantado pues se trataría entonces de conductas autónomas e independientes, durante el mismo periodo fiscal.

**g) Del Principio de eficacia.**

Este principio se relaciona con los fines y resultados que deberán cumplir los procedimientos adelantados.

**4. Elementos estructurales de la conducta objeto de sanción.**

Los elementos estructurales de la conducta reprochable deben ser asumidos desde la naturaleza de su proceso rector, es decir, sobre la óptica del derecho administrativo y no sobre la ciencia penal.

El Profesor Alejandro Nieto, señala que *“El Derecho administrativo sancionador no debe ser construido con los materiales y las técnicas del derecho penal, sino desde el propio derecho administrativo, del que obviamente forma parte y desde la matriz constitucional y del derecho público estatal”*.

Siguiendo estos lineamientos clasificaremos como elemento estructural del proceso administrativo sancionador los principios constitucionales de Legalidad y el Debido Proceso. De esta manera todas las actuaciones provenientes del Estado deben estar ceñidas y enmarcadas dentro de un contexto jurídico que garantice no solo que el destinatario de la sanción se encuentre amparado por un proceso dotado de legalidad sino que las consecuencias de su conducta antijurídica y reprochable sean preexistentes al hecho imputable, además de su estricta observancia de las etapas procesales con los formalismos exigidos dentro del marco legal y con el respeto de las garantías procesales del encartado.

El primer elemento estructural consiste en la tipicidad, entendiendo por esta cuando la conducta constitutiva de infracción y la sanción establecida para esta se encuentra expresada en la ley de manera previa al hecho objeto de sanción. Al respecto podemos decir que dicha tipicidad deberá presentarse de manera inequívoca. Al respecto, podemos mencionar que la conducta será típica cuando existan identidad entre los fundamentos de hecho que generan la sanción, y el sustento normativo en el cual se fundamenta.

Por otra parte existe la culpabilidad como elemento estructural de la conducta reprochable. Para este caso, es necesario entonces no solo analizar la comisión de la conducta sino el grado de participación de implicado en la realización del hecho objeto de sanción. Al respecto el Doctor Eduardo Cifuentes Muñoz: mediante sentencia T- 145 de 1993 de la Corte Constitucional *“la potestad sancionatoria de la administración debe ceñirse a los principios*

*generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien o de un derecho: revocación de un acto favorable, imposición de una multa, pérdida de un derecho o de una legítima expectativa, modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto, etc. En tales casos, la pérdida de la situación jurídico administrativa de ventaja debe ser consecuencia de una conducta ilegal y culposa cuya sanción sea impuesta al término de un procedimiento en el que esté garantizada la participación del sujeto y el ejercicio efectivo de su derecho de defensa”*

En estos términos decimos que la Contraloría, no puede adelantar acciones sancionatorias si no se hace evidente la existencia de la culpabilidad del implicado en términos de imprudencia, negligencia impericia o dolo.

De esta manera, *“en aras de mantener un criterio garantista en el proceso sancionatorio, resulta relevante que desde el momento de proferir el auto de iniciación, se establezca la presunta culpabilidad con la que ha obrado el implicado, de modo que dicho aspecto pueda ser objeto de debate a lo largo del procedimiento, y permita que la decisión cuente con suficientes elementos para determinar la culpabilidad del sancionado y la ausencia de circunstancias eximentes de responsabilidad, como la fuerza mayor o el caso fortuito”.*

## **5. Etapas del proceso administrativo sancionatorio de naturaleza fiscal.**

**-Auto de iniciación.** Conforme a lo establecido en el artículo 6 de la resolución orgánica 5554 del 16 de marzo de 2004:

“Se proferirá un auto de iniciación del procedimiento administrativo sancionatorio, con el fin de constatar los hechos y permitir que el funcionario se haga parte y haga valer sus derechos en el mismo. El auto de iniciación contendrá como mínimo la siguiente

información:

- Dependencia competente, ciudad y fecha, numero de expediente.
- Identificación plena y cargo del funcionario en contra del cual se ordena iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio.
- Breve descripción de los motivos y hechos que puedan generar la posible sanción y las pruebas en que se fundamenta.
- Fundamentos legales que soporten los hechos descritos;
- Indicación de la causal en que presuntamente se encuentra incurso, citando como fuente la Ley 42 de 1993 y las demás normas que las prevén.
- Análisis de la conducta que genera la posible sanción, determinando si se actúa título de dolo o culpa.

Indicación del derecho que le asiste de presentar explicaciones, pedir pruebas o allegar las que considere pertinentes y la indicación del plazo que se le otorgue al posible sancionado para rendir las mismas y hacer valer sus derechos, de conformidad con el Artículo 8 de la presente resolución.

El Auto de Iniciación del procedimiento administrativo sancionatorio será notificado de conformidad con los Artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, y se indicará que contra el mismo no procede recurso alguno, por su naturaleza de auto de



trámite. Así mismo, establece el referido procedimiento que de conformidad con las reglas del Código Contencioso Administrativo, en el Auto de Iniciación se indicará el derecho que tienen los implicados de hacerse parte en el procedimiento administrativo, para lo cual se le concede un término de quince (15) días hábiles para rendir sus explicaciones y hacer valer sus derechos.

En cuanto al acervo probatorio, se establece en dicho procedimiento, De conformidad con los Artículos 34, 49 y 58 del Código Contencioso Administrativo, las pruebas de oficio y las solicitadas por la persona en contra de la cual se adelanta el procedimiento sancionatorio, serán decretadas mediante Auto de Trámite, notificado por estado de conformidad con el Artículo 321 del Código de Procedimiento Civil contra el cual no procede recurso alguno, y se practicarán en un período mínimo de diez (10) y máximo de treinta (30) días. Cuando las pruebas sean denegadas, dicho auto será notificado de conformidad con los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo y se concederá el recurso de apelación, de conformidad con el artículo 351 del Código de Procedimiento Civil. En caso que no se presenten explicaciones, ni se alleguen pruebas dentro del plazo concedido, se dejará constancia por escrito, que el implicado conocía la iniciación del procedimiento sancionatorio en su contra y como prueba se anexará copia del medio a través del cual fue surtida la respectiva notificación.

De conformidad con el Artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, habiéndose dado a los interesados la oportunidad para presentar sus explicaciones y ejercer el derecho de defensa, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, mediante resolución motivada, en la cual se hará alusión a todos los argumentos de defensa y se valorarán integralmente las pruebas.

Contra la decisión que impone la sanción, proceden los recursos de la vía gubernativa, regulados en el Título II del Libro Primero del Código Contencioso Administrativo. El término para resolver los recursos será de quince (15) días hábiles, salvo en los casos en los que haya lugar a la práctica de pruebas, las cuales serán decretadas, practicadas y notificadas de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 9º de la ya referida resolución 5554 de 2004.

## **CAPÍTULO SÉPTIMO**

### **RELACIÓN COSTO- BENEFICIO DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN PÚBLICA DISTRITAL.**

#### **1. Metodología para la determinación de la relación costo beneficio del control fiscal y el ahorro preventivo del daño patrimonial.**

El ejercicio del control fiscal ejercido por la Contraloría del Distrito Capital de Bogotá en los últimos años, ha constituido una de las funciones más importantes frente al recaudo del patrimonio distrital mediante la recuperación y ahorro de las finanzas públicas.

Del mismo modo, las cifras consolidadas en el distrito capital durante los años 2004 – 2009 han revelado un avance satisfactorio en las finanzas distritales proporcionado por el buen desempeño y fortalecimiento de la actividad económica del Distrito en virtud de la aplicación de nuevas políticas públicas y la adecuada implementación de programas liderados por la administración distrital tendientes a estimular la inversión y controlar la evasión y la morosidad.

Sin embargo, la implementación de esta clase de políticas es satisfactoria más no suficiente;

pues, como ya se dijo la labor controladora y recuperadora del patrimonio público ejercida por la Contraloría Distrital de Bogotá, hace que tales esfuerzos de la administración para obtener un significativo recaudo y adecuada inversión no se vean perdidos cuando existe un detrimento patrimonial consolidado o de ocurrencia inminente.

Así pues, aquellos esfuerzos que hace la administración como sus administrados en cuanto al fortalecimiento de las finanzas públicas están garantizados por el ejercicio funciones de los órganos de control, que desarrollan una labor no solo sancionatoria y recuperativa sobre los bienes que han sido objeto de determinado proceso de responsabilidad fiscal, sino también preventiva, pues mediante los controles de advertencia que realiza la contraloría distrital se ha podido evitar el inminente detrimento en el patrimonio público en diferentes periodos fiscales como se verá a continuación.

Ahora bien, si cotejamos el presupuesto ejecutado por la Contraloría Distrital de Bogotá en dichos periodos fiscales frente a los beneficios del control social mediante sus diversos sistemas de control, veremos que los beneficios son altamente significativos con relación al presupuesto ejecutado por dicho órgano de control lo que justifica y hace necesaria su existencia.

Vale la pena establecer de antemano, que uno de los criterios sobre los cuales se evalúan los beneficios del control fiscal en la Contraloría de Bogotá, es mediante las recuperaciones de los dineros que han sido objeto de detrimento patrimonial y de ahorro en los recursos que logran las entidades cuando actúan conforme a los principios establecidos para dichos efectos, ya sea a través del proceso de responsabilidad fiscal, planes de mejoramiento o de los controles o función de advertencia.

Así las cosas, tenemos resultados positivos en cuanto a recuperaciones y ahorros potenciales derivados de procesos misionales como prestación de servicios micro y responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva.

## 2. Análisis de una muestra representativa en Bogotá D.C.

A continuación, veremos con base en los boletines presentados por la Contraloría Distrital de Bogotá, los beneficios del control fiscal en periodos desde el año 2004 hasta el año 2008.

De acuerdo con lo expuesto en el boletín de beneficios del Control Fiscal con resultados de agosto podemos afirmar que con base en el desarrollo del ejercicio del control fiscal, en el periodo descrito anteriormente, se pudo determinar una retribución al Distrito de \$ 2.207.911.69 Millones de pesos discriminados de la siguiente manera.

<b>BENEFICIOS DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN EL DISTRITO DE BOGOTÁ. 2001-2004</b>	<b>MILLONES DE PESOS</b>	<b>PORC ENTA JE</b>
CONTROLES DE ADVERTENCIA	\$ 367.491.62	16.64 %
EJERCICIO DEL PROCESO AUDITOR	\$ 1.815.249.31	82.22 %
PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL Y JURISDICCION COACTIVA	\$ 25.170.76	1.14%
<b>TOTAL</b>	<b>\$ 2.207.911,69</b>	<b>100%</b>

Fuente de información: Direcciones Misionales y GAE. Citado por boletín de beneficios del Control Fiscal

periodo 2001-2004

Siguiendo los criterios de clasificación expresados en el texto de la referencia, se hará el análisis de los beneficios catalogados como directos e indirectos de la siguiente forma:

<b>BENEFICIOS DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN EL DISTRITO DE BOGOTÁ. 2001-2004</b>	<b>MILLONES DE PESOS</b>	<b>PORCENTAJE</b>
beneficios directos	\$ 475.720.98	21.5%
beneficios indirectos	\$ 1.732.190.71	78.5%

Con base en los datos estadísticos antes mencionados, es posible establecer la relación costo beneficio existente entre los beneficios generados por la Contraloría Bogotá frente al presupuesto ejecutado por dicha entidad durante el periodo referenciado. Dicho en otras palabras, lo que entraremos a analizar consiste en que por cada peso ejecutado en el presupuesto del órgano de control mencionado durante las vigencias de 2001, 2002, 2003 y 2004, se retribuyeron al Distrito \$12.93 pesos como se ve en la siguiente gráfica:

Ahora, con el fin de exponer un análisis histórico de los beneficios registrados del control fiscal, nos permitimos revisar algunas cifras comparativas correspondientes a los periodos 2004, 2005 y 2006.

*“durante los primeros semestres de las vigencias 2004, 2005 y 2006 la Contraloría de Bogotá ha generado como producto del ejercicio del control fiscal por valor de \$ 47.800.51, \$ 5.914.46 y \$ 48.804.88*

respectivamente como se observa en el cuadro siguiente”.

	<b>MILLONES DE PESOS</b>		
<b>BENEFICIOS DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN BOGOTÁ</b>	Jun-04	Jun-05	Jun-06
	4.774.9	4.392.	40.651.
BENEFICIOS DEL CONTROL DE ADVERTENCIA	5	92	92
	41.769.	1.096.	7.755.2
BENEFICIOS POR PROCESO AUDITOR	14	64	0
BENEFICIOS POR PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	1.256.4		
	4	474.91	397.76
<b>TOTAL BENEFICIOS DEL CONTROL FISCAL</b>	<b>47.800.</b>	<b>5.914.</b>	<b>48.804.</b>
	<b>51</b>	<b>46</b>	<b>88</b>

Con base en estos resultados, podemos afirmar que el periodo donde evidentemente se han obtenido menores beneficios ha sido el correspondiente al primer semestre de la vigencia de 2005, registrando un total de **5.914.46** millones de pesos.

Comparativamente con los otros periodos, veremos cuál ha sido la relación costo beneficio de la Contraloría Distrital de Bogotá en los periodos semestrales 2004, 2005, 2006.

A continuación, se ilustra algunos de los resultados obtenidos por la Contraloría de Bogotá a título de beneficios dentro del periodo de enero a septiembre de 2008, derivados de dos de sus procesos misionales como son prestación de servicio micro y el de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva.

<b>BENEFICIOS DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN BOGOTÁ 2008</b>	<b>VALOR EN MILLONES DE PESOS</b>	<b>PORCENTAJE</b>
Control de advertencia	87.880.96	43.33%
Proceso auditor	110.599.07	54.53%
Proceso de Responsabilidad Fiscal	4.342.95	2.14%
<b>TOTAL</b>	<b>202.822.98</b>	<b>100%</b>

Con base en la tabla anterior, vemos claramente que los beneficios obtenidos para el Distrito en ejercicio del Control Fiscal para el periodo referenciado (Enero - Septiembre 2008) es de \$ 202.822.98 millones de pesos.

Así, también podemos establecer, con base en el boletín de beneficios del control fiscal referente al periodo 2008, que el presupuesto ejecutado corresponde a \$ 43.248.27 millones y el beneficio obtenido retribuido al Distrito es de \$ 202.822.98 millones, estableciendo de esta forma una relación costo beneficio de \$ 4, 69 como aparece en la gráfica siguiente.

<b>BENEFICIOS DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN BOGOTÁ 2008</b>	Millones de pesos
Beneficios del Control Fiscal	202.822.98
Presupuesto Ejecutado	43.248.27

Relación Costo Beneficio	4,69
--------------------------	------

## SEGUNDA PARTE

### RESPONSABILIDAD FISCAL, DAÑO PATRIMONIAL Y LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

#### TITULO PRIMERO

#### DEL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL CON OCASIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES

A partir de la promulgación de la nueva Carta Política y del cambio en el esquema constitucional sobre el control fiscal, se da paso a la independencia de la institución jurídica denominada responsabilidad fiscal. Así lo ha venido estableciendo el Consejo de Estado donde señala: “(...) *todo ello permite deducir que la responsabilidad fiscal tiene características que la diferencian de los demás tipos de responsabilidad, incluyendo la civil, de donde se desprendió su propia*



*personalidad (...). En nuestro país, la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad en imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumplen el tipo de gestión pública a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su fundamento (...)*”.

Siguiendo estos lineamientos, la Responsabilidad Fiscal, dentro del ordenamiento jurídico colombiano tiene dos propósitos fundamentales. (i) El primero consiste en lograr el establecimiento de la responsabilidad de un sujeto de control fiscal, cuando las actuaciones realizadas en el ejercicio de la función pública, ha producido un daño al patrimonio del Estado. (ii) El segundo propósito, consiste en lograr que dicho agente, resarza patrimonialmente a la administración, en virtud el daño causado por sus acciones u omisiones, cuando quiera que se haya probado el daño, la actuación –acción u omisión- del agente estatal o particular sujeto del control fiscal. La relación de causalidad entre el daño y la actuación, y que la actuación sean gravemente culposas o dolosas susceptibles de imputación a quien resultare responsable.

El bien jurídico protegido constitucional y legalmente, se denomina patrimonio público; por lo tanto deben existir las garantías legales jurídicas que salvaguarden, vigilen y controlen, la administración y manejo de dichos recursos.

Así pues, si en el trámite ordinario de revisión, vigilancia y control, se llegaran a encontrar hechos irregulares, constitutivos de daño patrimonial al Estado por parte de un sujeto de control en el ejercicio de la función pública y de gestión fiscal, se dará inicio al proceso de

responsabilidad fiscal, con el fin de reparar los daños económicos causados a la administración.

En este orden de ideas, podemos definir, la responsabilidad fiscal, como el establecimiento de responsabilidad de un agente, en el ejercicio de la función pública en su posición de particular que administre o maneje fondos públicos, cuando sus actos han sido irregulares y han perjudicado patrimonialmente al Estado, obligándose en consecuencia a reparar los daños producidos.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **RESPONSABILIDAD FISCAL, GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y DAÑO CONTRACTUAL**

La responsabilidad fiscal derivada del contrato estatal, surge cuando en ejercicio de la gestión fiscal de carácter contractual e materializan hechos irregulares que a su vez son constitutivos de daño patrimonial al Estado. En consecuencia, se dará inicio al proceso de responsabilidad fiscal, el cual culminará con un fallo en el que declara la existencia o inexistencia de responsabilidad a cargo del sujeto pasivo del control fiscal, cuando quiera que el daño patrimonial sea cierto, es decir, que exista, que sea presente, cuantificable, probado y ocurra en cualquiera de la gestión del contrato, esto es en la fase preparación, formación, planeación del contrato, también denominada fase precontractual, o durante el periodo o etapa contractual o de ejecución del contrato, o durante la fase postcontractual, de liquidación del contrato, de estabilidad de las obras o de garantía de calidad o funcionamiento de los bienes i servicios contratados.

Definimos entonces la responsabilidad fiscal como, aquella que se declara, con ocasión de

la conducta dolosa o gravemente culposa, de un servidor público o particular con facultades decisorias, de custodia, de administración o salvaguarda sobre los recursos públicos, constitutiva de daño patrimonial al Estado, habiendo mediado previamente un proceso de responsabilidad fiscal, y habiéndose ejecutoriado un fallo condenatorio dentro del mismo.

A su vez, el artículo 4 de la ley 610 de 2000, establece como objeto de la responsabilidad fiscal

*“(…) el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de la responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal. Así mismo, establece, que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”.*

De otra parte el artículo 268, numeral 5 de la Constitución Nacional según el cual, el Contralor General de la República, tiene la facultad de establecer responsabilidades fiscales que se deriven de la gestión fiscal, en los siguientes términos:

En este orden de ideas, el precepto Constitucional descrito, faculta al Contralor General de la República para que este en el ejercicio de sus funciones regule el establecimiento de las responsabilidades fiscales en las que incurren tal y como reza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional *“establezca 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, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo”.*

## **1. Del principio de responsabilidad de los servidores públicos o particulares como gestores fiscales.**

El principio de responsabilidad de los servidores públicos es un aspecto de fundamental importancia en el marco del Estado Social de Derecho, como garantía del principio de igualdad, que se encuentra consagrado en nuestra constitución en el artículo 13, en concordancia con la cláusula general de competencias de los servidores públicos consagrada en el artículo 122 de la CP., según la cual, *“no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamentos”*.

El principio de responsabilidad, por consiguiente es un principio rector del Estado Social de Derecho, mediante el cual se establece una relación de causalidad entre los agentes del Estado y el orden jurídico en lo que tiene que ver, de manera general con el principio de legalidad y en forma particular con el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos, traducida en una sanción en caso de transgresión al orden jurídico.

Los fundamentos constitucionales para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos se encuentran esencialmente en los artículos 6º -los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones-; 121 -ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley-; 123 -los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento-, y 124 -la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

El principio de responsabilidad, igualmente se encuentra ligado a los principios de la

función pública estableciendo en la Constitución Política en el artículo 209, que nos indica que la función administrativa se encuentra al servicio del interés general 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, de tal manera que las personas en ejercicio de funciones públicas se encuentran al servicio del estado y de la comunidad.

En la perspectiva jurídica de la administración pública, propia del derecho administrativo tradicional y producto de la consolidación del Estado liberal de derecho, el enfoque de la administración se circunscribe al análisis de las reglas jurídicas que regulan su funcionamiento y actúan frente a los particulares. Este enfoque tiene el problema de hacer predominar la preocupación por la legalidad formal, olvidándose de los problemas de la eficiencia administrativa. Se trata por tanto de una visión unilateral, limitada a la dicha legalidad formal de la administración. Pero en el Estado social de derecho la administración tiene la misión de realizar los intereses generales de la comunidad a través de una acción adecuada y sujeta a claros mandamientos constitucionales.

La responsabilidad, es por tanto inseparable de las pautas de calidad en la prestación de los servicios y a los imperativos del correcto funcionamiento de la administración pública. Un sistema de responsabilidad, cualquiera que sea su fundamentación, exige que los servicios públicos tengan niveles o estándares muy altos de calidad so pena de que tal sistema se convierta en un mecanismo desligado por completo de las verdaderas condiciones económicas, materiales y sociales, y termine en decisiones irreales, o no puedan aplicarse de manera alguna.

## **2. La responsabilidad fiscal y los sujetos de control fiscal: El Gestor fiscal**

## **contractual.**

Corresponde determinar en quien recae la responsabilidad fiscal derivada de la observancia de hechos irregulares constitutivos de daño patrimonial al Estado. Al respecto podemos manifestar que los servidores públicos o particulares que ejerzan actos conforme a la gestión pública, y que en consecuencia de los mismos se produzca un menoscabo o detrimento económico al Estado.

Concentrándonos más a fondo, en los sujetos pasivos del control fiscal, y siguiendo los lineamientos establecidos por el tratadista y profesor Uriel Alberto Amaya Olaya, definimos como primer grupo de sujetos, (i) los que en virtud de su calidad de funcionarios o servidores públicos, ejerzan actuaciones sobre el patrimonio del Estado. Puede ser entonces funcionarios de cualquier entidad pública sujeto de control y vigilancia de las Contralorías.

(ii) El segundo grupo lo constituyen aquellos particulares que en el ejercicio de la función pública ejecuten actos que denoten gestión pública sobre los recursos del Estado. Para que esta situación se configure deben concurrir al menos los siguientes requisitos: (i). que el particular que realiza actos sobre la gestión fiscal de Estado, este investido constitucional, legal y contractualmente para tal efecto, permitiéndole realizar actividades en las que verse la administración o manejo de los recursos públicos. (ii). Que las actuaciones realizadas por dichos particulares generen un detrimento económico demostrable y que requiera, de manera inmediata, su resarcimiento con el fin de salvaguardar los intereses económicos del Estado y de sus administrados. (iii). Que se tenga certeza absoluta, que por la conducta del agente fue causado el detrimento patrimonial y en consecuencia este mismo deberá resarcir con su patrimonio propio, los daños causados a la administración. Que con ocasión de la investidura constitucional, legal o contractual, se cree un vínculo de gestor fiscal para dicha persona de régimen jurídico privado.

El ejemplo claro de esta situación, en el que particulares investidos legalmente de capacidad jurídica para administrar y manejar bienes públicos, lo vemos en el escenario del Contrato de Concesión, que se detallara más adelante. Pues bien, en este escenario, de modo general, es un particular que en virtud del Contrato de Concesión celebrado con la administración, recauda, maneja, administra y destina bienes y recursos de naturaleza pública, convirtiéndose de esta manera en sujeto pasivo del control fiscal ejercido por las Contralorías, pues como se ha venido expresando, son estas las competentes para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal a que haya lugar en contra de dichos particulares.

En este orden de ideas, la calidad de gestor fiscal, la da el vínculo creado, entre el agente que en ejercicio de la gestión pública desarrolla actuaciones propias de administrador de bienes estatales y la sujeción al régimen de responsabilidad fiscal en caso de la ocurrencia de hechos perjudiciales a las finanzas publicas. Igualmente, los recursos públicos que recaudan y manejan las Cámaras de Comercio con ocasión de las tarifas que cobran por los servicios de registro y demás en el registro mercantil, los recursos que recaudan los Fondos Nacional del Café, Fondo Nacional Cacaotero, Fondo Nacional Ganadero etc.

En palabras del profesor Uriel Alberto Amaya Olaya, el gestor fiscal es *“esa persona (...) que como tal es quien se encuentra sujeta a las responsabilidades derivadas del vínculo legal o contractual ocupado para cumplir esas funciones, y por tanto jurídicamente se encuentra habilitada para asumir la responsabilidad fiscal por cuenta de la actividad desplegada a su nombre por sus administradores o representantes legales”*

### **3. Noción de gestión fiscal de los contratos estatales.**

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-529 de 1993, M.P; Eduardo Cifuentes Muñoz, ha definido conceptualmente la noción de Control Fiscal de la siguiente manera:

*“El concepto que 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 a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contralor General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”.*

En igual sentido la ley 610 de 2000 en su artículo 4 dispone con razón *“La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio publico como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal (...)”.*

Estos apartes normativos nos indican que la responsabilidad fiscal solo podrá establecerse cuando quienes causen los hechos constitutivos de daños patrimoniales al Estado, lo hagan en el ejercicio de la gestión fiscal. Es decir, que los acciones u omisiones, sean dolosas o gravemente culposas, realizadas por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y excepcionalmente por particulares investidos constitucional, legal o contractualmente con facultades decisorias sobre el patrimonio, constituyen un daño patrimonial económico determinable al Estado, que deberá ser resarcido por quien en el ejercicio de la gestión fiscal, lo causare. Así las cosas, si dicha conducta lesivas no es ocasionada por los sujetos mencionados con anterioridad y por fuera de los límites del ejercicio de la gestión fiscal, habrá lugar a determinar responsabilidades civiles o penales según el caso que corresponda,



pero en ningún caso de carácter fiscal. Es por esto que la doctrina ha considerado la gestión fiscal como elemento sustancial para configurar la responsabilidad fiscal.

La gestión fiscal, opera dentro del ordenamiento jurídico como un elemento de configuración y tipicidad, propio del régimen de responsabilidad fiscal en la medida que solo se podrá establecer la responsabilidad y se podrá condenar a resarcir los perjuicios causados cuando el sujeto activo de la conducta constitutiva de detrimento patrimonial estatal ha actuado en el ejercicio de la gestión fiscal.

El gestor fiscal contractual, es aquel servidor público o particular que administra o maneja fondos públicos, (i) que de una parte tiene competencia y capacidad para comprometer la responsabilidad contractual del Estado, contrayendo obligaciones con otros sujetos contractuales y comprometiendo los recursos del Estado y el patrimonio público que incorpora en las estipulaciones de un contrato estatal, (ii) de otra parte, es aquel contratista estatal, que adquiere dentro de sus obligaciones el compromiso de suministrar, custodiar, administrar, salvaguardar, almacenar, construir, prestar un servicio, conservar, mantener, rehabilitar, proteger, recaudar, invertir dineros o recursos estatales, bienes y servicios públicos del Estado, y (iii) los interventores, supervisores, gerentes de obra, gerentes de proyectos, asesores técnicos, personas que realizan estudios técnicos, diseños, planos, proyectos arquitectónicos, estudios de prefactibilidad, factibilidad, proyectos financieros, valoración de empresas y activos estatales que en virtud de un contrato estatal, elaboran productos, informes, vigilan, inspeccionan, actúan en nombre del Estado al ser sus representantes técnicos, científicos, tecnológicos, ambientales, legales y sociales.

#### **4. Elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal por el daño contractual.**

Son tres los elementos necesarios que deben demostrarse a fin de demostrar e endilgar responsabilidad fiscal a un gestor fiscal. de esta manera, el artículo 5º de la Ley 610 de 2000, establece que La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal. Un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Como ha venido manifestando la doctrina civil respecto de temas de responsabilidad, para que esta subsista es necesaria la ocurrencia de un daño que afecta la integridad moral, física o patrimonial de una persona, la actuación de un sujeto y la relación directa entre la acción u omisión del sujeto con la ocasión del daño. Sin embargo en temas de responsabilidad fiscal, aunque los elementos necesarios para su configuración sean técnicamente los mismos, las connotaciones individuales se hacen sustancialmente diferentes.

En términos prácticos, el daño es el primer elemento que debe surgir para la configuración de la responsabilidad fiscal, pues sin la existencia de este, no habrá lugar al establecimiento de responsabilidad alguna. Aun si la conducta es riesgosa pero no ha ocasionado un daño, no habrá posibilidad jurídica de establecer responsabilidades y de condenar a su resarcimiento.

En igual sentido el tratadista Jean Paul Benoit, desde la óptica del derecho administrativo, ha señalado que:

*“(...) el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”.*

La Corte Constitucional por su parte considera que el daño “(...) es el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requieren una mayor garantía jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que este debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”.

En efecto, el propósito general de la responsabilidad, consiste en garantizarle a su víctima un reparo o un resarcimiento de su daño. Es por eso, que este debe tenerse como cierto y reparable, directo o inmediato, ya que solo con la presencia de esta clase de elementos, se puede establecer si en efecto hay un nexo de causalidad. En caso contrario, se quedarían sin ninguna clase de reparación los daños ocasionados.

Con respecto a la certeza del daño, El Consejo de Estado ha señalado en diversas oportunidades que para que el daño sea indemnizado debe ser revestido de certeza, y en ningún caso puede hablarse, como presupuesto para iniciar la acción de responsabilidad fiscal, de un daño meramente hipotético o eventual. Así pues el tratadista Juan Carlos Henao, en sus trabajos de investigación referentes al daño, ha manifestado una distinción

entre el perjuicio consolidado y el perjuicio no consolidado, refiriéndose a aquel *como “el que ya se ha producido en el momento del pronunciamiento judicial y el juez solo se limita simplemente a verificar su ocurrencia. (...) Por su parte, el perjuicio no consolidado se refiere a un perjuicio futuro que la víctima alega que se producirá. Comprende dos hipótesis: en la primera, el juez califica la certeza del perjuicio a partir de una situación existente, y en la segunda, la decisión debe basarse en una situación que no es real en el momento de pronunciar aquella. Si se considera que es probable que el daño ocurra o se prolongue, se tendrá por cierto. En caso contrario, perjuicio solo será eventual. ”*

Siguiendo estos lineamientos, el Daño es el requisito fundamental para que se estructure la responsabilidad fiscal más no suficiente. Debe estar acompañado de otros elementos de igual importancia que estudiaremos mas adelante. *Etimológicamente, el daño significa el detrimento, perjuicio, menoscabo causado por culpa de otro en el patrimonio de una persona.* Sin embargo el daño debe tener ciertas características esenciales que trataremos en el capítulo siguiente.

## **5. La conducta en materia de responsabilidad fiscal atribuible a una persona que realiza gestión fiscal contractual.**

La conducta como elemento estructurantes de la responsabilidad fiscal, puede realizarse por acción u omisión, en forma dolosa o gravemente culposa que provoque un detrimento al patrimonio del Estado por un agente de este, que realice gestión fiscal o con ocasión de esta.

La conducta o comportamiento contractual, puede ser producido por un agente estatal o por un particular que administre o maneje fondos públicos, por el contratista, por el interventor, o por un tercero. En el primer caso, los servidores públicos o particulares que administren o manejen fondos públicos pueden incurrir en comportamientos contractuales ya sea por acción u omisión, dolo o culpa, a través de sus representantes legales o jefes de organismos, o a través de las personas del nivel directivo o ejecutivo en quienes hayan delegado la

competencia total o parcial de contratación, cuando quiera que exista una relación de conexidad entre el daño que se produce y la actuación del sujeto pasivo del control fiscal.

Pero es posible, que la actuación ya por acción u omisión, sea causada o generada por un servidor público o particular que administre o maneje fondos públicos del ente sujeto de control fiscal, distinto a su representante legal o jefe del ente, o del delegatario, sino por una persona que ejerce un cargo o función en cualquiera de los niveles directivos, asesor, o administrativo, técnico o asistencial. En este caso, la imputación debe hacerse directamente al servidor público, que si bien no suscribió el contrato, está o hace parte de la cadena de valor de la Entidad y dentro de sus funciones y competencias realiza actividades que tienen relación directa con las obligaciones adquiridas por la entidad pública en su condición de contratante o contratista público estatal.

En otro escenario, es posible que el daño patrimonial sea generado por el contratista estatal, porque incumpliendo con sus obligaciones contractuales, suministró un bien o prestó un servicio, o construyó una obra, y entregó en desarrollo de una consultoría unos productos a precios superiores a los del mercado, o en cuantía y calidad inferior a los contratados, con una estabilidad inferior a la pactada etc. En este caso el contratista será sujeto de control fiscal.

Si se trata del interventor, será en todos los casos sujeto de control fiscal, toda vez que tiene la obligación principalísima de ser el representante técnico, científico, legal, social ambiental y financiero del Estado contratante según el caso, y responderá por exigencia de la calidad, cantidad y estabilidad del objeto del contrato, ya que es el especialista y conocedor del objeto del contrato.

Si el daño patrimonial se produce por la intervención o hecho de un tercero, o por las causas extrañas de fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima, desde luego el servidor público o el particular sujeto del control fiscal estará exonerado de responsabilidad fiscal.

La conducta, para que sea relevante en materia de responsabilidad fiscal debe tener dos ingredientes importantes, (i) el primero y el más importante es que esta se realice en virtud de la gestión fiscal, concepto al que ya hemos hecho alusión, de tal manera que no es suficiente con que se le haya causado un detrimento al patrimonio público sino que además este debe ser ejercido por actos que demanden gestión fiscal.

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, igualmente es posible que la conducta se realice con ocasión de las actividades que demanden gestión fiscal, en ese sentido, la norma establece 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. (Se subraya).

La expresión o *con ocasión de esta*, fue demandada mediante la acción pública de inconstitucionalidad, pues el actor *“considera que con ella se permite a la contraloría adelantar procesos de responsabilidad fiscal contra quienes no realizan de manera directa gestión fiscal, lo cual infringe abiertamente el artículo 267 Superior, a cuyos términos el control se ejerce sobre la administración y los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”*.

*“En primer lugar, advierte la Corte Constitucional, debe dilucidarse el contenido y alcance de la expresión*

*con ocasión de ésta, a efectos de determinar si con ella se podría dar pie a un eventual rebosamiento de la competencia asignada a las contralorías en torno al proceso de responsabilidad fiscal.*

*Entonces, ¿qué significa que algo ocurra con ocasión de otra cosa? El diccionario de la Real Academia Española define la palabra ocasión en los siguientes términos: "oportunidad o comodidad de tiempo o lugar, que se ofrece para ejecutar o conseguir una cosa. 2. Causa o motivo por que se hace o acaece una cosa."*

A la luz de esta definición, la locución impugnada bien puede significar que la gestión fiscal es susceptible de operar como circunstancia u oportunidad para ejecutar o conseguir algo a costa de los recursos públicos, causando un daño al patrimonio estatal, evento en el cual la persona que se aproveche de tal situación, dolosa o culposamente, debe responder fiscalmente resarciendo los perjuicios que haya podido causar al erario público.

El sentido unitario de la expresión **o con ocasión de ésta**, sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de **gestión fiscal**, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado.

De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad

administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tácita, implícita o analógica que por su misma fuerza rompa con el principio de la tipicidad de la infracción. De suerte tal que sólo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado.

Una interpretación distinta a la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales.

En concordancia con estos lineamientos estipula el artículo 7 de la ley 610:



"(...) únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables".

Y a manera de presupuesto el artículo 5 de esta ley 610 de 2000 contempla como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal, **"la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal"**. (Resalta la Sala).

En este orden de ideas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión "con ocasión de ésta", contenida en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal". El subrayado es mío.

Igualmente, el artículo primero de la misma disposición establece el grado de culpabilidad. Es importante precisar que Ley 42 de 1993, no precisó al alcance de la conducta en este sentido, sobre lo cual, en su momento se estableció por la doctrina del Consejo de Estado mediante concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil que "en este tipo de responsabilidad el grado de culpabilidad difiere del consagrado en el artículo 90 de la Constitución en relación con el daño antijurídico causado a terceros e imputable a título de dolo o culpa grave, porque el ejercicio de la gestión fiscal implica obligaciones específicas referidas a la administración de bienes ajenos como son los del Estado, que resulta afectado con la actuación irregular del funcionario".

Aunado a esta interpretación establece la sala que "el grado de culpabilidad a partir del cual puede deducirse responsabilidad fiscal, es el de la culpa leve que define el artículo 63 del C. C. como la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, lo que se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. En efecto, los servidores públicos que tienen a su cargo no sólo

la toma de decisiones que determinan la gestión fiscal sino la ejecución presupuestal a través de la ordenación, control, dirección y coordinación del gasto, así como los contratistas y particulares que manejan recursos y bienes del Estado, actúan como gestores de la administración. De conformidad con el artículo 2155 del C. C. el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo”.

Luego, el legislador expidió la Ley 610 de 2000, la cual a diferencia de la Ley 42 de 1993, se encargó de establecer el grado de culpabilidad concordante con la doctrina antes expuesta, es decir que la conducta basta con que se realiza con dolo o culpa leve. Sin embargo, la disposición al ser examinada a la lupa de la Constitución, no logró pasar el examen de la corte constitucional, pues esta corporación considerada que la constitución estableció un solo grado de responsabilidad de carácter patrimonial para todos los servidores públicos y que resulta discriminatorio y violatoria del principio de igualdad el establecer una responsabilidad patrimonial para las servidores públicos con tan solo la culpa leve, en ese orden de ideas la Corte decreto la inexequibilidad del párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000 y la expresión "leve" contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000 el cual dispone: “El grado de culpa a partir del cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve”.

*“Siguiendo lo expuesto anteriormente, se tiene que la responsabilidad fiscal es la que se deriva de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, es de naturaleza administrativa y patrimonial en cuanto busca la reparación del daño causado por la gestión fiscal irregular y es de carácter independiente y autónomo. Pero, a diferencia de lo que ocurre con la acción de repetición, el constituyente no señala un criterio normativo de imputación de responsabilidad fiscal - entendiendo por tal una razón de justicia que permita atribuir el daño antijurídico a su autor-, pues ni en las normas constitucionales referidas al control fiscal (C.P. arts. 267, 268 y sig.) ni en la integridad del articulado del Texto Superior aparece definido tal criterio normativo.*

*En ese contexto, es entendible que el criterio normativo de imputación de la responsabilidad fiscal sea determinado por el legislador con base en el artículo 124 de la Carta, de acuerdo con el cual "La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva". De este modo, ante el silencio del constituyente, el ámbito jurídico habilitado para la determinación del precitado criterio normativo de la responsabilidad fiscal es la ley. Así lo había entendido esta Corporación al sostener en la Sentencia C-840/2001 (M.P. Jaime Arango Rentería), a propósito de una demanda formulada contra el inciso 1° del artículo 4° de la Ley 610 de 2000 referente al objeto de la responsabilidad fiscal, que "en tratándose de responsabilidad fiscal resultaría impropio situarse en los dominios del artículo 90 Superior..."*

“Téngase en cuenta que ambas modalidades de responsabilidad -tanto la patrimonial como la fiscal- tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado. En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable) sino eminentemente reparatoria o resarcitoria, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad entre el daño y la actividad del agente.

Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001-.

Diferencias éstas que, además, tan sólo se orientan a imprimirle eficiencia a la actividad del Estado, en lo que corresponde a la preservación de los bienes y recursos públicos, pero que no alteran el fundamento unitario que reside en un principio constitucional el cual es común e indivisible a ambas modalidades de responsabilidad: la garantía del patrimonio económico del Estado.

Así las cosas, el criterio de imputación a aplicar en el caso de la responsabilidad fiscal no puede ser mayor al que el constituyente fijó para la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, pues se estaría aplicando un trato diferencial de imputación por el solo hecho de que a la declaración de responsabilidad se accede por distinta vía. En efecto, conforme a lo estatuido en la normas impugnadas, si el cauce jurídico escogido por el Estado para establecer la responsabilidad del funcionario es el proceso de responsabilidad fiscal, éste podría ser declarado responsable por la presencia de la culpa leve en su actuar. Pero, si el Estado opta por constituirse en parte civil dentro del proceso penal, o por adelantar un proceso contencioso administrativo -a través del llamamiento en garantía dentro de la acción de reparación directa o en ejercicio directo de la misma acción-, o finalmente decide ejercer la acción de repetición, el funcionario sería exonerado de responsabilidad civil por haber actuado con culpa leve, dada la irrelevancia que en estas vías de reclamación tiene dicha grado de culpa. De aceptarse tal tratamiento diferencial, se estaría desconociendo abruptamente el fundamento unitario y la afinidad y concordancia existe entre los distintos tipos de responsabilidad que, se repite una vez más, confluyen sin distingo ninguno en la defensa del patrimonio público”.

## **6. Daño contractual, imputación al gestor fiscal y fundamento de la responsabilidad fiscal.**

La Conducta del agente como elemento necesario para la responsabilidad fiscal hace referencia a las acciones u omisiones, del agente que desarrolla el hecho constitutivo de

detrimento patrimonial, que a su vez pueden ser dolosas o culposas, realizadas en el ejercicio de la gestión fiscal. De esta afirmación, se desprende que en efecto no es suficiente la realización del hecho dañino si no esta acompañada del ejercicio de la gestión fiscal.

En palabras del Dr Uriel Alberto Amaya Olaya *“Se requiere, pues, dentro de los principios jurídicos reguladores de la gestión fiscal (como especie de la gestión pública), de rango constitucional que la gestión del Estado, a través de las entidades públicas, de los servidores públicos y de los particulares que colaboran con la administración, se produzca mediante una actividad que vaya mas allá de la simple diligencia ordinaria, encaminada a la obtención de los fines del Estado, y que haga prevalecer el interés general, dentro de un marco estricto de legalidad, y mediante una gestión fiscal caracterizada por la efectividad tanto interna como externa”*.

En este orden de ideas vale la pena resaltar que es el órgano de control a quien le corresponderá demostrar plenamente quien es el presunto responsable y el grado de culpa con el que obró. Siguiendo al profesor Uriel Alberto Amaya Olaya, se hace necesario recurrir al Código Civil, en donde el artículo 63 establece tres categorías o grados en los que se presenta la culpa. Al respecto mencionamos:

**ARTICULO 63. CULPA Y DOLO.** La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o

cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Así pues, de acuerdo en el documento del Dr Amaya, tenemos la culpa grave, leve y culpa levísimo.

-Culpa Grave: consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios. En materia civil hay una equivalencia entre esta clase de culpa al dolo eventual.

-Culpa Leve: consiste en un descuido ligero causado por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios .

-Culpa Levísima: es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios propios.

## **7. Nexo causal entre daño contractual, conducta y fundamento de la imputación y de la responsabilidad.**

Este es uno de los elementos esenciales en la configuración de la responsabilidad fiscal. Pues la sola circunstancia probatoria del hecho dañino y del perjuicio sufrido por el Estado no concreta el establecimiento de la responsabilidad. Es necesario que exista la relación causal que vincule la acción dañina con el funcionario o particular que en el ejercicio de la gestión fiscal haya realizado el hecho.

En términos del tratadista Isidoro Goldemberg, nexo causal se caracteriza por ser *“el enlace material entre un hecho antecedente y un resultado imputatio factil o vínculo material, en tanto que la reelaboración a nivel jurídico de dicha conexión, con las particularidades que le atribuyen las teorías tradicionales de la relación de causalidad, conducen al concepto de relación causal”*. Agrega Goldemberg *“la formulación de la teoría de la determinación causal: nada puede existir ni dejar de existir sin causa, o en otros términos, todo efecto es generado por una causa”*, debe ser entendida como método del conocimiento humano, ya que como doctrina explicativa del mundo de la naturaleza y de sus mutaciones conlleva necesariamente el reconocimiento de un primer fenómeno encausado, un comienzo no causado pero que es la causa del todo, o bien a una infinita regresión de causas y efectos”

Así pues, como existe un nexo causal como relación directa entre la conducta del agente y el daño patrimonial, vale la pena señalar que este nexo causal también se puede romper en virtud de las causas extrañas. De esta forma el establecimiento de responsabilidad se hace imposible cuando aparecen causas extrañas, interrumpiendo el vínculo entre el daño y la conducta del agente. Es decir, no podría establecerse responsabilidad alguna cuando el daño no es imputable exclusivamente a la actividad del agente.

La doctrina en materia de responsabilidad civil, distingue cuatro especies de causas extrañas a saber, fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima y hecho de un tercero.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### DAÑO PATRIMONIAL, RESPONSABILIDAD FISCAL Y GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN SUS FASES DE FORMACIÓN, EJECUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

#### 1. Noción de daño patrimonial en materia de contratación estatal.

Como ya se había indicado en el capítulo anterior, para que se pueda llegar a determinar la responsabilidad fiscal, es necesario la ocurrencia de un daño patrimonial sufrido por el Estado, la actuación de una persona en ejercicio de gestión fiscal y un nexo causal entre la conducta del agente y el daño sufrido por el estado, de tal manera que se pueda imputar el daño a la conducta del sujeto. De esta manera, tenemos que *“el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos su cuantía, ha de ocupar el primer lugar en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y el juez en el proceso”* (es decir de los sujetos de control y las controlarías en el proceso de responsabilidad fiscal). Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le puede evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil”.

Para el tratadista y Profesor Javier Tamayo el *“daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial (...). Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”*. Desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal, (art. 6º Ley 610 de 2000) daño patrimonial al Estado es *“la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos*



*generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías”.*

En consecuencia, tenemos que daño patrimonial abarca estrictamente lo patrimonial o económico, consistente en la pérdida de los recursos del Estado. Daño patrimonial, es la aminoración del erario público ocasionado por los servidores públicos o los particulares que causen un daño o una lesión a los bienes y recursos públicos en forma directa, o contribuyendo a su realización, en forma dolosa o gravemente culposa, de modo tal que, no cualquier aminoración puede ser considerada daño patrimonial al Estado, es necesario, tal como lo señala la Ley 610 de 2000, que el daño sea lesivo a los intereses patrimoniales del Estado. De allí, que la gestión jurídica de una entidad, en si misma no puede constituir daño patrimonial, por la emisión de conceptos jurídicos en donde se emita posición sobre la interpretación jurídica de una norma, de la jurisprudencia o doctrina, pues así como la interpretación del derecho no constituye prevaricato ni falta disciplinaria alguna, es labor de orientación y asesoría jurídica a la fase precontractual, contractual o postcontractual en si misma no es un acto que guarde relación de conexidad entre la actuación de un gestor fiscal con la producción de un daño patrimonial.

Sobre el concepto de daño patrimonial al Estado, la Contraloría General de la República mediante concepto 80112- 1291 del 12 de mayo de 2003, expresó que *“de los tres elementos el daño es el elemento más importante. A partir de éste se inicia la responsabilidad fiscal. Si no hay daño no puede existir responsabilidad. Bajo esta lógica el artículo 40 de la Ley 61°, dispone que el proceso de responsabilidad fiscal se apertura cuando se encuentra establecida la existencia del daño, es decir, se requiere que exista certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal. En caso contrario, es decir, «sí no existe certeza sobre... la causación del daño» se abrirá una indagación preliminar*

*donde se determine la existencia del mismo —L. 610 Art. 39—.4 Es necesario resaltar que en el ejercicio de la función auditora, se pueden detectar presuntas irregularidades, pero no toda irregularidad administrativa constituye daño patrimonial al Estado. Esto es importante tenerlo en mente pues sólo los «hallazgos fiscales» pueden dar origen a una responsabilidad fiscal. En otras palabras, el daño patrimonial al Estado es una irregularidad pero no toda irregularidad constituye un daño patrimonial al Estado. Por ello es importante evaluar con detenimiento el hallazgo con el fin de poder establecer claramente si existe o no un daño patrimonial al Estado.*

*El concepto de «daño patrimonial al Estado» durante mucho tiempo estuvo en la indefinición. No existía un criterio claro que permitiera identificarlo. Existía vacío legislativo y la jurisprudencia y la doctrina sólo habían realizado algunas aproximaciones tangenciales”.*

## **2. Criterios para la reparación del daño patrimonial en materia de responsabilidad fiscal.**

Existen muchísimas formas de reparación del daño patrimonial derivado de la gestión de un contrato estatal, y es pagando en dinero el valor cuantificado de los daños, reparando materialmente el daño, esto es suministrando los bienes y servicios que dejó de entregar, hacer el mantenimiento, rehabilitación, actividades de conservación del bien que se deterioró, garantizar a través de la realización de nuevas actividades la estabilidad de las obras o bienes construidos, garantizar la calidad de los bienes y productos suministrados, esto es, si son equipos y maquinaria según el contrato la sustitución de unos por otros, o la realización del mantenimiento respectivo, si son estudios y diseños, realizar o elaborar los productos faltantes, realizar los ajustes y actualizaciones correspondientes etc.

### 3. La importancia del daño patrimonial en la responsabilidad fiscal.

El proceso de responsabilidad fiscal se encuentra regulado por la Ley 610 de 2000, como aquel 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. De esta manera, señala la misma disposición que el objeto de la responsabilidad es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

De lo anterior tenemos que, la finalidad del proceso de responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños causados al patrimonio público, por cuanto este, el daño, se constituye en el más importante requisito de determinar la responsabilidad, sin dejar de lado los demás requisitos señalados por el artículo 5° de la Ley 610 de 2000. Tal como lo establece el tratadista y Profesor Juan Carlos Henao Perez, “lo afirmado permite sentar la siguiente regla general: el daño es un requisito indispensable para que surja la responsabilidad (...); es más, es su punto de partida, pero su existencia es independiente de que haya o no un responsable que deba repararlo. Encontrar al responsable que deba indemnizar el daño es un problema de imputación sicofísica y de atribución jurídica del deber de reparar, pero no de existencia del daño. Determinar si la víctima tiene derecho a ser indemnizada es un problema del fundamento de la responsabilidad, de absolver el interrogante de porqué se debe responder, pero no es un problema de existencia del daño”.

“Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad (...), es el daño un elemento primordial y único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento,

De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria”.

Si el propósito de la responsabilidad fiscal es “la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir”, entonces el primer elemento que se ha de estudiar es el daño, y no sólo es el primer elemento a estudiar, sino que se constituye en el principal, tal como lo reconoce el Consejo de Estado, “en estas condiciones, no habiéndose acreditado dicho presupuesto ontológico (el daño) de la responsabilidad deprecada, inútil resulta entraren el análisis de los demás elementos de ésta”.

### **3.1 De la necesidad de establecer la existencia del daño, la imputación y el fundamento para declarar la responsabilidad fiscal.**

No obstante lo anterior, la responsabilidad fiscal no puede estar solamente soportada en la existencia del daño, pues puede ocurrir que aunque exista y esté debidamente probado dentro del proceso el daño patrimonial al Estado, no es posible proceder a declarar la responsabilidad fiscal. Lo anterior, por cuanto el daño si bien es un requisito principal de la responsabilidad no resulta suficiente para que sea declarada. En efecto, el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, establece que son tres los elementos de la responsabilidad fiscal.

De esta manera, tenemos que en caso de presentarse un daño patrimonial al Estado, no sea posible que se declare la responsabilidad patrimonial del agente suyo, como ocurre por ejemplo, cuando el sujeto de control pruebe la existencia de una causal de eximente de responsabilidad o cualquiera de las causales de cesación de la acción fiscal de acuerdo con la previsión del artículo 16 de la Ley 610 de 2000, al establecer que en cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del

expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente o que la administración tenía el deber jurídico de soportarlo, o que el daño no es consecuencia de actuación alguna del imputado.

Igualmente, no es posible que no se pueda declarar la responsabilidad fiscal del investigado por cuanto puede llegar a probarse en el proceso que sujeto de control fiscal no tiene el deber de reparar el daño que puede presentarse bien sea, por que el grado de imputación de la conducta del gestor fiscal no fue tipificado como dolosa o gravemente culposa, tal como lo exige la constitución y ratificada por la jurisprudencia, o porque el daño no se constituye en un daño antijurídico y al Estado le asiste el deber de soportarlo.

Por eso, y debo ser enfático en afirmarlo, que si bien el daño patrimonial al Estado es un elemento esencial para declarar la responsabilidad fiscal, no es suficiente para que las contralorías declaren dentro del proceso la responsabilidad fiscal que el gestor fiscal es responsable y consecuentemente ser condenado resarcimiento de tales daños.

### **3.2 Las contralorías tienen la carga de probar la existencia del daño para declarar la responsabilidad fiscal.**

No obstante, el daño debe estar plenamente probado para que pueda ser declarada la responsabilidad fiscal, labor que le corresponde a las contralorías, por cuanto en estos procesos la carga de la prueba le corresponde al ente de control.

De esta manera, encontramos que el artículo 177 del CPC. Establece que “incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, por consiguiente no podrá tener éxito la acción de responsabilidad fiscal si la contraloría no cumple con probar los supuestos de hechos que demuestran el daño patrimonial al Estado. Al respecto, el Profesor Juan Carlos Henao citando al maestro Antonio Rocha, afirma **que “los elementos que lo integran (el daño) son conocidos, mejor que por nadie, por el mismo acreedor que los ha sufrido, y a él le toca, obviamente, poner de presente los medios conducentes para conocer su existencia y su extensión”**.

En este punto, debemos recordar lo expresado en líneas anteriores respecto de los hallazgos temerarios, en el sentido de indicar que para las investigaciones fiscales, los funcionarios de las contralorías no pueden hacer afirmaciones sobre presuntos daños patrimoniales al Estado sin el respaldo probatorio suficiente, so pena de incurrir también en responsabilidad, tal como se afirmó anteriormente; de tal manera que el órgano de control debe probar la existencia del daño.

### **3.3 La reparación integral del daño contractual.**

La reparación integral del daño patrimonial sufrido por el Estado, es el fin perseguido por la acción fiscal, es decir que una vez se demuestre el resarcimiento pleno de los perjuicios que ha sufrido el erario público, la acción fiscal cesará; es tanto como decir que el daño no ha existió. Pero, en tratándose de responsabilidad fiscal, puede ocurrir que se declara que tal persona es responsable fiscal y en consecuencia es obligada al pago de una suma de dinero o materialmente repara y que efectivamente la persona condenada paga la suma por la cual fue declarada responsable, pero debe tenerse en cuenta, que en determinadas

circunstancias nos posible ese resarcimiento pleno; pues si el daño es causado v. gr. al medio ambiente, bien es sabido que la recuperación de recursos naturales podría demorar años e inclusive décadas y no notar una verdadera recuperación del mismo.

La reparación integral del daño implica, que la indemnización debe ser congruente con el daño sufrido por el Estado y al ser la responsabilidad fiscal una acción de carácter patrimonial e indemnizatorio, lo que se persigue es precisamente el pago de una suma de dinero que se estima es lo que debe invertir el Estado para volver las cosas a su estado natural o cumplir con la prestación real del servicio. ¿Entonces, como se concreta el verdadero sentido de la acción fiscal, si en definidas cuentas siempre se va a notar el daño al Estado? Para evitar que esto ocurra, la constitución y la ley han dotado a las contralorías de una herramienta preventiva de este tipo de daños o cualquiera que pueda sufrir el Estado, a la cual ya hemos hecho alusión y es la función de advertencia.

Además, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, se tiene un concepto que podría sernos útil para estos casos, y es que *“frente a la concepción puramente económica de la reparación ha venido dándose una evidente evolución, de manera que las nuevas concepciones de ella no la limitan exclusivamente a la protección de los individuos y los grupos contra las afectaciones antijurídicas de su patrimonio. Ella tiende igualmente, en numerosos países, a garantizarlos contra ciertos daños de naturaleza no económica tales como los atentados contra la reputación, los derechos de la personalidad e incluso los sentimientos y los afectos. Esta ampliación del espectro de los daños cubiertos ha obligado a los juristas a ampliar la óptica puramente indemnizatoria. Ocurre en efecto, que para los perjuicios no económicos es con mayor frecuencia, y en un sentido estricto, prácticamente imposible y, de todos modos, ella no se concreta en el pago de una suma que guarde proporción real con el daño que se trata de compensar. Para justificar entonces, el otorgamiento de una indemnización cualquiera hay que recurrir a conceptos diferentes, por lo que una parte de la doctrina invoca la idea de la satisfacción o incluso la de la consolación dado a la*

*víctima para contrarrestar las molestias y sufrimientos por ella sufridos”.*

No obstante la idea de satisfacción, aunque amplía las perspectivas de la reparación, no es más que un sucedáneo de aquella, y solo se aplica cuando la indemnización en sentido estricto es imposible y queda orientada hacia la compensación o la atención de los daños ya realizados”.

Ahora bien, cuando no ha sido posible advertir a la autoridad administrativa de los posibles daños, el resarcimiento de los mismos debe ser suficiente, pero no se puede dejar de lado, que este no se puede tasar por encima de los perjuicios efectivamente causados y probados, de manera tal que viole los derechos del responsable fiscal; pero tampoco se pueden tasar por debajo del daño efectivamente causado y en este evento las contralorías deben ser cuidadosas, pues en este evento persistiría el daño.

### **3.4 Diferencia entre el concepto de daño y perjuicio.**

Ya hemos definido que es el daño patrimonial, pero ahora debemos determinar si ese concepto de daño, contiene diferencias con lo que se constituye en el perjuicio, o si por el contrario, el daño es sinónimo de perjuicio. “En términos generales el concepto de daño es sinónimo de perjuicio, como lo ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sin embargo, el tratadista *Jean Paul Benoit*, ha señalado, desde la perspectiva del derecho administrativo, que:

*...el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las*



*diversas consecuencias que se derivan del daño para víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”.*

Con esta misma lógica, la Corte Suprema de Justicia afirmó que *“el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio”, mientras que “el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; la indemnización es el resarcimiento, reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”.*

De lo anterior y de conformidad con el análisis que realiza el tratadista y Profesor Juan Carlos Henao Pérez, es posible destacar la siguiente consecuencia, sobre la distinción entre daño y perjuicio. Así es posible concluir *“que el patrimonio individual (...), es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio ocasionado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una relación de causalidad ente el daño – como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión – y el perjuicio – menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima-, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza sólo el perjuicio que proviene del daño”.*

### **3.5 El proceso de responsabilidad fiscal debe tener en cuenta el pago de la aseguradora, del investigado, imputado o de un tercero sin importar el procedimiento administrativo o el proceso judicial donde se produzca.**

En nuestro ordenamiento jurídico, el Estado y las entidades públicas cuantas con herramientas que le permiten obtener el resarcimiento del erario público cuando este se ha visto afectado por una actuación de su agentes. En este sentido, tenemos que la Constitución de 1991, consagró en el artículo 90, la acción de repetición a favor de las

entidades del Estado, contra los servidores públicos en aquellos eventos en que el Estado ha sido condenado por la acción dolosa o gravemente culposa de sus servidores, igualmente, se cuenta con la facultad de intervenir mediante incidente en los procesos penales a fin de obtener la reparación integral de los perjuicios causados al Estado, del mismo modo se cuenta con los procesos de jurisdicción coactiva, los procesos ejecutivos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la acción de lesividad y por su puesto los procesos de responsabilidad fiscal.

Como ya hemos anotado en repetidas oportunidades, el proceso de responsabilidad fiscal es de carácter resarcitorio; es decir su fin es lograr que sea restituido el patrimonio público en un monto igual al del perjuicio sufrido. Bajo este entendido, una vez verificado que se haya indemnizado al Estado que le compense el perjuicio sufrido, los funcionarios de la Contraloría encargado de adelantar el proceso, deberán decretar la cesación del mismo y consecuentemente su archivo por haberse constatado una de las causales previstas en el artículo 16 de la Ley 610 de 2000; es decir que aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.

Entonces, sea cual fuere el medio utilizado para la reparación del patrimonio público, las contralorías deben observar tal situación, pues el daño es uno sólo con independencia de la manera de repararlo. Si tenemos por ejemplo, que en Instituto de Seguro Social reconoce mediante un acto administrativo la pensión a un asegurado en una cuantía superior a la que legalmente tiene derecho v. gr. que se reconozca la pensión por dos millones y medio de pesos, cuando el derecho sería de dos millones de pesos. Bajo este supuesto tendríamos un evidente detrimento patrimonial cuya cuantificación sería determinable a razón de quinientos mil pesos mensuales en lapso de tiempo indeterminado. Entonces el detrimento patrimonial fue generado por un acto administrativo de carácter particular y concreto, pero

frente a ello no se puede adelantar el respectivo proceso de responsabilidad fiscal contra los funcionarios que dieron lugar a tal situación. Pero la administración, en estos eventos cuenta con una herramienta que la jurisprudencia ha denominado acción de lesividad, ante la imposibilidad de poder revocar el acto administrativo por sus propios medios sin el consentimiento previo del particular, a menos que se pueda revocar porque en la vía administrativa se pruebe que se obtuvo el derecho por medios ilegales o con fundamento en pruebas falsas, y sea susceptible de revocatoria directa sin autorización previa o el beneplácito del afectado; de tal manera si mediante esta acción el juez administrativo decide en forma definitiva la revocatoria del acto administrativo que reconoció en una cuantía superior el derecho a la pensión y que se restituya en forma retroactiva lo pagado indebidamente por el Estado, siempre y cuando el particular no haya actuado de buena fe, el perjuicio causado al patrimonio público habrá desaparecido.

Con lo anterior, no se pretende indicar, ni tampoco es el sentido de esta obra, que el proceso de responsabilidad fiscal sea de carácter subsidiario o que dependa de las decisiones en otras instancias o procesos; por el contrario, reiteramos que el proceso de responsabilidad fiscal es totalmente autónomo e independiente de cualquier otra acción.

### **3.6 De las características del daño contractual y de la existencia del perjuicio contractual.**

El daño contractual consiste en la aminoración que sufre el Estado contratante o contratista en la gestión de los contratos estatales, ya sea durante la fase precontractual, de ejecución contractual y postcontractual. Esto indica que el contrato estatal genera para las partes derecho y obligaciones, lo que indica que cuando el incumplimiento de las obligaciones del contratista o la vulneración de un derecho del contratante estatal estipulado en la ley o en el

mismo contrato genera una aminoración en el patrimonio del Estado incorporado en el contrato de tipo presente consolidado o futuro no consolidado a partir de situaciones jurídicas inexistentes, este debe ser reparado por parte del sujeto contractual que al mismo tiempo es sujeto de control y vigilancia fiscal.

Esto es que si la causa eficiente del daño es el particular contratista, será quien debe reparar el daño sufrido en virtud del contrato estatal, y si esta es atribuible a los servidores públicos debe ser reparado por o los servidores públicos sujetos del control fiscal que incurrieron o hicieron posible por vía de acción u omisión la ocurrencia del daño patrimonial. Es posible que el daño haya sido consecuencia de la acción u omisión de varios funcionarios y también con el concurso del contratista particular, lo que implica que la responsabilidad fiscal es solidaria, colectiva, y proporcional en relación al grado de participación que se expresará en la reparación cuantitativa que le corresponda a cada uno. En principio la reaparición patrimonial de recaer de manera exclusiva y preferente en el contratista que es el autor del incumplimiento que generó el daño, sobre todo en aquellos daños patrimoniales que ocurren con ocasión de la comisión de delitos contra el patrimonio público.

El daño contractual entendido como la aminoración que sufre el Estado en su patrimonio con ocasión de la gestión de un contrato estatal, trae como consecuencia la ocurrencia de perjuicios contractuales, denominados así por derivar de un contrato estatal.

Existirá daño contractual y por ende perjuicio cuando el Estado contrata con precios por encima de los valores de los bienes y servicios del mercado, cuando el contrato se pacta a precio unitario, o pactándose a precio global cuando los precios que sirvieron de base para establecer ese precio global fueron precios unitarios de referencia sobrefacturados. Así

mismo habrá daño contractual al patrimonio del Estado, cuando se contratan bienes y servicios que no requiere el Estado para su funcionamiento, o cuando se reciben bienes y servicios en cuantía y calidad inferior a los contratados. El perjuicio se ocasiona porque el Estado tiene que destinar mas recursos porque recibe los mismos bienes y servicios por montos superiores, o gastar en mantenimiento en los casos de deterioro por calidad, o adquirir nuevos bienes y servicios a falta de entrega de los adquiridos y dados por recibidos y no entregados.

### **3.6.1 El daño debe ser cierto, presente y real por oposición al daño eventual.**

En tratándose del proceso de responsabilidad fiscal, el fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la **certeza del daño patrimonial** y de la responsabilidad del investigado, es la previsión del artículo 23 de la Ley 610 de 2000, por lo cual las contralorías deben demostrar con certeza la ocurrencia de la aminoración patrimonial del Estado si pretenden que este sea indemnizado y no podrán en consecuencia, imputar la responsabilidad fiscal en un daño genérico, eventual o hipotético, pues se entraría en violación de lo previsto por el artículo 40 de la misma disposición.

Por su parte, el tratadista JUAN CARLOS HENAO, en su estudio sobre el daño desde la perspectiva de un análisis comparativo entre el derecho de la responsabilidad en Colombia y en Francia, analiza el carácter cierto del daño distinguiendo entre el perjuicio consolidado y el perjuicio no consolidado. Sin pretender repetir el exhaustivo y completo estudio del Dr. HENAO, el perjuicio consolidado, como su nombre lo indica, es el que ya se ha producido en el momento del pronunciamiento judicial: el juez se limita simplemente a verificar su ocurrencia.

De manera general, se puede decir que constituye perjuicio cierto, cualquier disminución patrimonial justificada que pueda atribuirse al daño, en este caso producido por una actuación administrativa (*en este caso del gestor fiscal contractual*): es decir, cualquier menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida mediante actos de gestión fiscal.

El perjuicio no consolidado se refiere a un perjuicio futuro que la víctima alega que se producirá. Comprende dos hipótesis: en la primera el juez califica la certeza del perjuicio a partir de una situación existente, y en la segunda, la decisión debe basarse en una situación que no es real en el momento de pronunciar aquella. Si se considera que el daño ocurra o se prolongue, se tendrá por cierto. En caso contrario, el perjuicio sólo será eventual.

Pero lo cierto, es que en tratándose de responsabilidad fiscal, el perjuicio futuro o eventual no cumple los requisitos establecidos por la ley para que puede iniciarse y mucho menos declararse responsabilidad fiscal, de modo tal, que la contraloría simplemente debe comprobar la realidad de sus afirmaciones respecto de la ocurrencia del daño, teniendo en cuenta que debe tratarse de un hecho pasado, es decir, de un perjuicio exteriorizado y consolidado.

En ese sentido, sobre las características del daño patrimonial al erario, la Contraloría General de la República ha expresado que “la responsabilidad fiscal tiene por fin la protección del patrimonio público, en tal sentido, su carácter es netamente indemnizatorio y por consiguiente busca la reparación del daño cuando se ha causado un detrimento patrimonial al erario. En este orden, y de conformidad con lo establecido en la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal se estructura sobre tres elementos: a) un daño patrimonial al Estado; b) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza

gestión fiscal y; c) un nexo causal entre el daño y la conducta. Sólo en el evento de que se reúnan estos tres elementos es viable la imputación de responsabilidad fiscal.

Para el caso que nos ocupa, es importante destacar que el elemento más importante, es el daño, pues si el mismo no se presenta no puede de ninguna manera configurarse la responsabilidad fiscal. De esta manera, del artículo 40 de la Ley 610 de 2000, establece que procede la apertura el proceso de responsabilidad fiscal cuando existe la certeza sobre la ocurrencia el daño.

En este orden de ideas, el daño debe ser cierto. Podemos señalar que existe certeza del daño cuando el mismo ya ha ocurrido, es decir es un daño pasado, o puede ser presente, es decir está ocurriendo y en ambos casos es posible su cuantificación. No así, el daño futuro, que es el que habrá de producirse, y sobre el cual existe la incertidumbre sobre su ocurrencia, no es viable establecer responsabilidad fiscal sobre hipótesis que aunque con algún fundamento pueden plantearse, también pueden desvirtuarse.

Tal como se señaló en el acápite anterior, para que proceda la imputación de responsabilidad fiscal el daño debe ser cierto (artículo 40 de la Ley 610 de 2000), en consecuencia el daño futuro no tiene asidero legal, pues nada contempla la normatividad sobre el mismo y establecerlo sin fundamento jurídico, conlleva a meras interpretaciones sin el debido sustento”.

Para acentuar aún más las diferencias entre el carácter cierto del daño en materia de responsabilidad extracontractual y la responsabilidad fiscal, tenemos que el ex-magistrado del Consejo de Estado RAMIRO SAAVEDRA, expone que *“el perjuicio no consolidado a partir de una situación existente supone que la se haya creado a partir de un hecho dañino”* y en el mismo

sentido HENAO, afirma que *“para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo anuncia una fórmula bastante utilizada en el derecho colombiano, el perjuicio – aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”*.

Sobre este último aspecto, es preciso volver a la doctrina de la Contraloría General, al advertir que *“teniendo en cuenta la improcedencia para imputar responsabilidad fiscal por daños que no han ocurrido, y no obstante la Contraloría en ejercicio del proceso auditor determina elementos de juicio suficientes para concluir que en efecto el daño se producirá; en este caso, existe otro mecanismo que aunque su connotación es eminentemente preventiva, igual puede ser tan efectivo como el mismo proceso de responsabilidad fiscal, se trata de la facultad de advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometan el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados*.

*Se trata de la función de advertencia, esta atribución implica dar a conocer a los funcionarios públicos y particulares, los riesgos de generar el daño por las actuaciones en el ejercicio de la gestión fiscal, en tal sentido, queda a discrecionalidad de éstos, tomar las medidas a que haya lugar a fin de corregir las causas que ocasionarán el daño al patrimonio público”*.

En este caso, para efectos de la responsabilidad fiscal que se deriva de un incumplimiento contractual, la cuantificación del daño se producirá señalando exclusivamente el carácter cierto, pasado y consolidado del daño cuya certeza está dada por el negocio jurídico contractual celebrado, pues esa es la eficacia que le da a la certeza jurídica la exigencia como principio del contrato estatal, de que este debe constar por escrito, y es precisamente para que genere la certeza del negocio jurídico, luego la contraloría en el proceso de responsabilidad fiscal debe limitarse a verificar la estipulación prevista en el contrato donde



se produjo el daño y proceder a cuantificarlo señalando la cláusula que le sirve de sustento. No puede el órgano de control fiscal realizar juicios de valor que no encuentre sustento directo en una cláusula del contrato, pues recordemos que el funcionario del control fiscal debe limitarse a verificar la existencia del daño, el perjuicio, la imputación del responsable, el fundamento jurídico del mismo, teniendo en cuenta que el nexo de causalidad está dado para el sujeto a quien se le haga la imputación siempre que la causa eficiente del daño se le pueda atribuir mediante imputación al sujeto de control fiscal, y siempre que el fundamento de la responsabilidad fiscal encuentre amparado en el deber de reparar consagrada en una norma jurídica y en las estipulaciones del contrato, teniendo en cuenta la matriz de riesgo pactada en el negocio jurídico contractual.

### **3.6.2 El daño contractual debe ser pasado y consolidado.**

El daño contractual, entonces tiene su origen, ocurrencia o acaecimiento en el marco de la gestión contractual del Estado en cualquiera de sus etapas, esto es que, el patrimonio público sufre un menoscabo, aminoración, disminución sin justificación, sin tener el deber jurídico de soportarlo. Lo anterior quiere decir, que ese daño para que sea contractual debe producirse con ocasión de un contrato estatal, ya sea que la aminoración en el patrimonio estatal se produzca por indebida conducta de un gestor fiscal ya porque obre en la fase precontractual como oferente o como entidad pública que ordena la apertura del proceso de selección, recibe las propuestas, las evalúa y las adjudica; o durante la fase de ejecución del contrato porque el gestor fiscal como contratista o como contratante incumpla el objeto y las obligaciones adquiridas en el contrato, lo que genera por acción, omisión en el grado de dolo o culpa grave un detrimento patrimonial cuantificable siempre que haya lugar a la imputación con la existencia del fundamento que es el deber jurídico de reparar.

El daño debe ser probado, lo que le da la característica de cierto, de certeza de su existencia; pero también debe ser pasado y consolidado.

La característica del daño en cuanto a que debe ser pasado y consolidado, va unido al carácter de cierto, ya que solo así se puede cuantificar. Y consiste en que el daño será pasado y consolidado cuando la conducta que dio lugar a la aminoración o menoscabo al patrimonio público haya sido instantánea o continuada ya ocurrió y sus efectos ya cesaron, esto es, que los efectos de la conducta ya generaron todo el daño patrimonial cuantificado que tenía que causar. Por ejemplo, se habrá consolidado el daño al patrimonio público en la fase precontractual cuando por ejemplo la conducta consiste en lo siguiente:

- Cuando el oferente presentó la oferta, y ésta contiene datos e información inexacta, incompleta, falsa o contraria a la verdad, o cuando se prueba la existencia de una inhabilidad o incompatibilidad entre alguno de los oferentes; entre los miembros de la junta directiva de las empresas oferentes con los directivos o miembros de la junta o consejo directivo de la Entidad donde se presenta la oferta. Entonces eso causa un daño patrimonial a la Entidad pública que se cualifica por el valor de la garantía de seriedad del ofrecimiento presentado junto con la propuesta, lo que da lugar a que la Entidad pública haga efectiva la garantía de seriedad del ofrecimiento, y de no hacerlo, habiéndose configurado la causal, se habrá ocasionado un daño patrimonial a la entidad pública contratante pasado y consolidado.

Igualmente habrá daño patrimonial pasado y consolidado cuando la Entidad pública ordena la apertura de un proceso de selección para la celebración de un contrato cuyo presupuesto es el resultado de un estudio de mercado en donde los precios de los bienes y servicios que sirvieron de base para la elaboración del presupuesto están por encima de los precios del

mercado inscritos en el SICE o de los precios regulados por el Gobierno Nacional como los combustibles o por el Consejo Nacional de Seguridad en Salud para los casos de los bienes y servicios de salud. Desde luego el daño es ocasionado desde la fase precontractual, porque con fundamento en los pliegos de condiciones los oferentes presentaron la oferta se la adjudicaron, celebraron el contrato y el suministro de los bienes y servicios se los pagaron o continúan pagándolos con precios sobrefacturados, y la diferencia entre el precio promedio real del mercado con el pagado constituye el daño patrimonial pasado y consolidado.

Durante la ejecución del contrato habrá daño patrimonial pasado y consolidado cuando se reciben y pagan bienes y servicios en cantidad, calidad, estado y mantenimiento inferior al establecido en el pliego de condiciones y al contrato celebrado, así como cuando ocurre el siniestro de calidad y estabilidad de las obras, bienes y servicios contratados, y la administración no exige al contratista su reparación, o no hace efectiva la garantía de cumplimiento del contrato. Es pasado y consolidado porque efectivamente todas las actuaciones del gestor fiscal para ocasionar el daño ya ocurrieron y los efectos de la misma ya cesaron, es decir, que la aminoración o menoscabo al patrimonio público no continuará porque la causa ya cesó, y solo queda cuantificarlas. Es decir, la bomba ya explotó y ahora vamos a cuantificar los daños materiales ocasionados a los bienes y servicios afectados.

Pero la sola celebración del contrato en ciertas condiciones, no genera daño patrimonial mientras no se haya ejecutado la prestación y pagada la misma. En el sobre costo, es posible que el contrato establezca precios unitarios por encima de los establecidos en el mercado, pero mientras el contratista no suministre los productos y éstos hayan sido pagados, no existe daño patrimonial, lo que significa que si la administración se abstiene de pagar los

productos a los precios contratados de manera sobrefacturada, no existirá daño patrimonial pasado y consolidado porque no se ha configurado la lesión, menoscabo o aminoración al patrimonio público.

En el caso de los contrato de obra pública el daño patrimonial consolidado, ocurre si por ejemplo la administración reconoce el restablecimiento de la ecuación económica del contrato sin que exista causales imputables a la administración, y por el contrario la causa es imputable al contratista estatal, o cuando por ejemplo se reconocen mayores cantidades de obra que no fueron ejecutadas, o se hacen reconocimientos económicos en las actas de liquidación a favor del contratista sin que exista causa que lo justifique y que sea imputable a la administración contratante.

Existe igualmente daño o detrimento patrimonial, cuando se reciben a satisfacción bienes, servicios y obras en cantidad y calidad menor a las contratadas y se procede a pagarlas en su totalidad. Mientras no se reconozca y pague por mucho que se haya suscrito e acta de recibo no se habrá consolidado el daño patrimonial. En los contratos de tracto sucesivo que se contrate a un precio sobrefacturado obras, bienes y servicios, no existe daño patrimonial pasado y consolidado con el solo transcurso del plazo del contrato, porque se requiere además del transcurso del plazo , la ejecución o entrega de la prestación, y el pago de la misma.

### **3.6.3 El daño contractual puede ser no consolidado pero reparable de manera excepcional a partir de situaciones jurídicas existentes.**

Decíamos que el daño patrimonial al igual que la conducta que lo ocasiona debe ser cierto, pasado y consolidado por excelencia, lo mismo que sus efectos; pero existen circunstancias

excepcionales, en donde lo que debe ser pasado es la conducta generadora del daño patrimonial, y no sus efectos, esto es, que el gestor fiscal incurre en una conducta que ya fue realizada en su totalidad ya sea instantánea o consecutiva, pero sus efectos se van produciendo en la medida en que se va ejecutando el contrato. De allí que existe la certeza de la conducta dañina del gestor fiscal, pero la cuantificación de ese daño sólo es posible realizarla teniendo en cuenta que lo único que falta para su ocurrencia es el paso del tiempo, debiendo excluirse todo aquel, el daño futuro o eventual pues este no es reparable porque existe incertidumbre sobre la ocurrencia o no de la aminoración patrimonial.

Es por ello que el daño no consolidado por norma general no puede ni debe ser reparado, porque su certeza depende de un alea de ocurrencia, es decir, que con el paso del tiempo puede o no ocurrir. Por ejemplo, en el caso de los contratos de suministro, el daño patrimonial por sobre costo pasado y consolidado solo se puede configurar y cuantificar en la medida en que los bienes se hayan suministrado y pagado, y los no consolidados hacen relación a aquellos bienes y servicios que estando el contrato vigente y en ejecución aún no se han suministrado ni entregado, lo que no da lugar a la configuración a detrimento alguno, porque la entrega de la prestación del servicio en el futuro depende del alea de cumplimiento del contrato de suministro sometido a plazos.

Por ello, la certeza de la existencia del contrato no da lugar a que lo allí pactado debe ser cuantificado y configurarlo como daño patrimonial, por el solo acto contractual de estar pactado, pues se requiere para que además se consolide la ejecución de la prestación para que surja la obligación del Estado de pagarlo, y una vez pagado el sobre costo se habrá configurado y consolidado un daño pasado.

Pero en ocasiones, el daño patrimonial pasado pero no consolidado que se deriva de una

indebida gestión fiscal contractual puede de manera excepcional reparado, cuando se presenta una condición jurídica existente, frente a lo cual sólo falta el simple paso del tiempo para que se continúe produciendo. Se trata de aquellos contratos en donde se pactan pagos parciales, sometidas al cumplimiento parcial de las obligaciones. En este caso se pacta, que si la administración no le cumple al contratista con los pagos parciales dentro del plazo fijado en el contrato, el contratista tiene derecho a reclamar el pago de intereses moratorios.

Al realizar control fiscal al pago de las cuentas a los contratistas, si se observa que la administración sin justificación alguna, contando con la disponibilidad presupuestal y los recursos para el cumplimiento del pago de la prestación al contratista, no cumple con el pago , y por ello se causan intereses moratorios, las contralorías cualificarán el daño patrimonial en la suma de dinero que se cause con ocasión de los intereses moratorios generados por el vencimiento del cumplimiento de la obligación. Esto nos muestra, como la certeza de la causa que genera el daño patrimonial está determinado por el vencimiento del plazo para el pago de la prestación sin justificación alguna, pero no podemos hablar de consolidación del daño, toda vez que si bien la conducta generadora la podemos calificar "como hecho pasado" que es el incumplimiento del pago dentro del plazo establecido, este mismo lo podemos calificar como la condición jurídica existente necesaria para que con el simple paso del tiempo se consolide el daño patrimonial que se cuantifica por el tiempo futuro que la administración contratante permanezca en mora de pago.

Es lo que se denomina la reparación del daño pasado, no consolidado, pero indemnizable a partir de una situación jurídica existente, esto es, la condición para que se produzcan los intereses moratorios ya se dio, y es el vencimiento del plazo para el pago de las cuentas que presente el contratista, pero no consolidado en la medida en que es el paso del tiempo el

que permite establecer el alcance de la mora para el pago de los intereses moratorios mientras permanezca la administración en incumplimiento.

#### **3.6.4 El daño contractual puede ser no consolidado pero reparable de manera excepcional a partir de situaciones jurídicas inexistentes.**

Igualmente se puede presentar el daño no consolidado a partir de situaciones jurídicas inexistentes, pero reparable de manera excepcional. Esto es que la conducta generadora del daño patrimonial tiene que ser pasada para que genere certeza de daño, pero su no consolidación y la inexistencia de la situación que le sirve de fundamento no es causal de exclusión del deber de reparar, cuando precisamente el daño se presenta porque de no haber ocurrido la conducta del gestor fiscal contractual el Estado no habría sufrido la aminoración de su patrimonio, veamos: Es el caso del oferente X que presenta una propuesta, que luego de la evaluación que realiza la Entidad, los gestores fiscales teniendo el deber de evaluar la oferta conforme a las reglas establecidas en la Ley y el pliego de condiciones, decide dirigir la evaluación hacia un oferente Y, lo que determina que de haber realizado la administración de manera adecuada la evaluación el adjudicatario habría sido la oferta mas favorable a la Entidad que sería la propuesta de X, y no la propuesta Y que quedó de primer orden de elegibilidad pero que debió quedar de segundo. Entonces el oferente X, que le vulneraron el derecho a ser adjudicatario tiene el derecho a reclamar a la administración a través de conciliación prejudicial o de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo que le adjudicó la propuesta a Y, que le reparen el daño causado que consiste en que le paguen el valor de los recursos que invirtió para participar y de la utilidad que de haber ejecutado el contrato habría obtenido.

En este caso, se presenta un daño pasado, ya que la causa que la genera que fue la

evaluación de las ofertas del proceso de selección y la adjudicación a Y ya se produjo, pero el daño se califica como no consolidado a partir de situaciones jurídicas inexistentes, ya que el daño se presenta sin que se le haya adjudicado a Y el proceso de selección, y sin que se haya suscrito el respectivo contrato estatal. Y se le repara el daño ocurrido, porque precisamente lo inexistente es la celebración del contrato, que se da por la inadecuada gestión fiscal realizada en la evaluación y adjudicación del proceso de selección respectivo, que de haberse hecho conforme a derecho se le habría adjudicado a X, pero por la indebida gestión fiscal se le adjudicó a Y.

Si el contrato estatal se celebra y la administración lo da por terminado de manera anticipada sin causa que lo justifique y le vulnere el derecho al contratista de obtener la utilidad inicialmente prevista y la causa que da lugar a la terminación del contrato no fue asumido como un riesgo del contratista, se habrá causado un daño patrimonial a la administración en cuanto por la indebida gestión fiscal se dio por terminado un contrato, que le impidió al contratista ejecutar la prestación que le daría lugar a la obtención de la utilidad prevista en el contrato. Lo existente jurídicamente es la certeza de la celebración del contrato, pero lo inexistencia jurídica es la ejecución de la prestación a que estaba obligado el contratista conforme al contrato suscrito. El contratista hace una reclamación a la administración para que le indemnice los perjuicios causados por la terminación de la ejecución del contrato a pesar de la inexistencia de la ejecución de la prestación, porque ello fue causa de una gestión fiscal indebida de la administración contratante.

### **3.7 El carácter institucional u orgánico del daño patrimonial.**

El daño patrimonial sufrido por el Estado, es de carácter genérico; es decir lo sufre el patrimonio público, lo sufre el Estado como persona de derecho público, no obstante el



perjuicio lo haya sufrido una entidad del orden territorial. Por tal razón, como bien se anotó antes, el ordenamiento jurídico no sólo ha previsto la acción fiscal en cabeza de las contralorías para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados por la acción u omisión de uno de sus agentes, sino que por la naturaleza del patrimonio público, consagró por ejemplo la potestad a la administración pública de recobrar por jurisdicción coactiva directamente las obligaciones pecuniarias a su favor sin necesidad de acuerdo ante la justicia contenciosa; la posibilidad de cualquier ciudadano que mediante la acción popular puede salir en defensa del patrimonio público como un derecho colectivo protegido por esta acción de conformidad con el literal “e” del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”, con el objeto, según el artículo 2º de la misma disposición, de evitar un daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Bajo esta óptica, tenemos que siempre que exista y pueda demostrarse un perjuicio al patrimonio o bienes del Estado, habrá lugar a las acciones administrativas o judiciales pertinentes. Razón por la cual, es dable afirmar que no existe requisito adicional para dar inicio a las acciones tendiente a obtener el resarcimiento del erario público y obtener la reparación respectiva. Las demás exigencias y requisitos existen pero sólo para efectos de declarar la responsabilidad patrimonial en contra de un agente del Estado que realice para el caso del proceso de responsabilidad fiscal, determinada gestión fiscal.

Téngase en cuenta que el principio de reparación integral del daño establecido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, implica que si bien el Estado mediante la acción contractual, o mediante los mecanismos alternativos de resolución de conflictos puede reclamar la

reparación del daño contractual para sí, la Contraloría puede en ejercicio de sus competencias adelantar el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, pero jamás podrá el Estado obtener doble reparación del daño, ya que si se obtiene por vía del proceso contractual contencioso administrativo o mediante mecanismo alternativo de resolución de conflictos, se deberá dar por terminado el proceso de responsabilidad fiscal.

### **3.8 De las tipologías de los perjuicios derivados del daño patrimonial en materia de responsabilidad fiscal.**

Las tipologías de perjuicios o clasificación de la forma como se presentan los mismos cuando estos son sufridos por el Estado. Pero primero debemos empezar por afirmar que de manera general los perjuicios han sido clasificados bajo la forma de perjuicios materiales, como aquellos de índole económica y los perjuicios morales, como aquellos perjuicios no económicos.

Al respecto, el tratadista Juan Carlos Henao, establece que los “hermanos Macead afirman que – en el primer caso (daño material), existe perjuicio material, pecuniario o extrapatrimonial; en el segundo perjuicio moral, extrapecuniario o extrapatrimonial – (...).

Sin embargo, la tipología descrita puede prestarse a confusiones, entre otras razones, porque permite pensar que todos los perjuicios no económicos, no pecuniarios, serán morales. Según la jurisprudencia francesa, el perjuicio moral es tan sólo una parte del perjuicio no pecuniario (...). De igual manera en el derecho colombiano ha sido recientemente admitida la reparación del perjuicio fisiológico o de la vida en relación”.

Entonces, “ello significa que la clasificación a partir de la cual los términos perjuicio

material y perjuicio moral tienen la misma entidad es una clasificación errada, pues la moral resultaría ser todo el genero del perjuicio no pecuniario, cuando en realidad es tan sólo una especie del mismo. Se prefiere entonces, realizar la división a partir de las nociones de perjuicios del orden material y perjuicios del orden no material”.

Pero bien volviendo al tema de la responsabilidad fiscal, tenemos que quien sufre los perjuicios es el Estado, es decir la afectación patrimonial se produce contra el erario público, en ese sentido, debemos afirmar que en tratándose de la Ley 610 de 2000, el daño que se produce al Estado es de carácter patrimonial es decir del orden material; por consiguiente no es posible tratar aquí la categoría de daños inmateriales por cuanto no compete al ámbito de este tipo de responsabilidad.

### **3.8.1 Los perjuicios materiales causados por el daño contractual.**

Esta clase de perjuicios, como ya habíamos anotado, son aquellos de índole netamente económica susceptibles de ser ponderados en dinero. Sobre la indemnización de los mismos, el Código Civil en el artículo 1613, establece que tal circunstancia comporta el daño emergente y el lucro cesante y seguidamente los define; el daño emergente como “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

De otra parte, destaca el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, que *“el daño como fundamento de la responsabilidad fiscal, de modo que si no existe un perjuicio cierto, un daño fiscal, no hay cabida para la*

*declaración de dicha responsabilidad. Por consiguiente, quien tiene a su cargo fondos o bienes estatales sólo responde cuando ha causado con su conducta dolosa o gravemente culposa un daño fiscal. El perjuicio material se repara mediante indemnización, que puede comprender tanto el daño emergente, como el lucro cesante, de modo que el afectado quede indemne, esto es, como si el perjuicio nunca hubiera ocurrido. Así, "el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado mas no puede superar ese límite".*

### **3.8.2 El daño emergente causado por el daño contractual**

Para una mayor ilustración conviene registrar -dentro de un horizonte mucho más amplio- que los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas. De suerte que el daño patrimonial al Estado es susceptible de producirse a partir de la conducta de los servidores públicos y de los particulares, tanto en la arena de la gestión fiscal como fuera de ella. Así por ejemplo, el daño patrimonial estatal podría surgir con ocasión de una ejecución presupuestal ilegal, por la pérdida de unos equipos de computación, por la indebida apropiación de unos flujos de caja, por la ruptura arbitrariamente provocada en las bases de un edificio del Estado, por el derribamiento culposo de un semáforo en el tráfico vehicular, y por tantas otras causas que no siempre encuentran asiento en la gestión fiscal. Siendo patente además que para efectos de la mera configuración del daño patrimonial al Estado, ninguna trascendencia tiene el que los respectivos haberes formen parte de los bienes fiscales o de uso público, o que se hallen dentro o fuera del presupuesto público aprobado para la correspondiente vigencia fiscal.

Por daño emergente, *"se indemnizan todos los rubros que sean consecuencia directa del hecho dañino y cuyo restablecimiento permita volver a la situación que antecedió al daño o, al menos, a la que más se le*

*parezca. Se busca así que la víctima del daño tenga el dinero para reemplazar el bien, o el dinero necesario para realizar las reparaciones indispensables para que vuelva a cumplir la función que venía cumpliendo antes del hecho dañino, o aun el dinero que haya invertido en la recuperación de su bien. Es así como el daño emergente dependerá del nivel de afectación del bien”.*

### **3.8.3 El lucro cesante causado por el daño contractual causante de la lesión al patrimonio del Estado.**

El lucro cesante cuando es producido directamente sobre el patrimonio público, esta determinado por lo que el Estado deja de percibir por causa del hecho dañino. De acuerdo con el Consejo de Estado, *“el lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses no percibidos o a la utilidad esperada y no obtenida”*. De modo general, el lucro cesante consiste en la pérdida o disminución de ingresos del Estado por la actuación de sus agentes.

De esta manera tenemos, que si los funcionarios de la administración encargados de realizar la asignación y cobro de los impuestos en el respectivo municipio no llegaren hacerlo, se tiene que el ente público ha sufrido por la omisión de un representante suyo un daño patrimonial, así como también otorgar extensiones no contempladas en la ley al sujeto pasivo de la imposición. Así mismo sucede, cuando no se ejerce la jurisdicción coactiva sobre las sumas adeudadas a la administración.

### **3.8.4 Metodología para la cuantificación y liquidación del daño patrimonial y de los perjuicios en materia de responsabilidad fiscal.**

La Corte constitucional en la ya referida sentencia SU-620 de 2001, ha expresado que “para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal

y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste, sino que debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, LA ADMINISTRACIÓN OBTUVO O NO ALGÚN BENEFICIO” El subrayado es mío.

En consecuencia, habrá que decir que en la cuantificación del daño se debe considerar los perjuicios, y así mismo se debe producir su actualización, es decir traer el daño al valor presente en el momento que se produzca la decisión de responsabilidad, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes, según prescripción del artículo 52 de la ley 610 de 2000, Sentencia Consejo de Estado de 7 de marzo de 2001, expediente 820 y Concepto 732 de 3 de octubre de 1995.

### **3.9 El dolo y la culpa grave en la responsabilidad fiscal por el daño patrimonial ocurrido con ocasión de la gestión de los contratos estatales.**

El juzgador fiscal debe encontrar probado dentro del proceso de responsabilidad fiscal que se inicia con ocasión de un hallazgo fiscal contractual el daño al patrimonio público, pero no cualquier daño, sino aquél que debe reunir unas características ciertas concretas tales como que el daño debe ser real, cierto y consolidado; el daño debe ocurrir con ocasión de la gestión contractual del Estado, esto es, que el detrimento o aminoración del patrimonio del Estado debe ser producto del incumplimiento de una obligación estipulada en el contrato estatal para que la cumpla el contratista y si el daño se produjo por este incumplimiento imputable al contratista, este deberá ser declarado responsable. Así mismo, si el daño se produjo por el incumplimiento del Estado a una obligación que este asumió en el respectivo contrato estatal, entonces será el sujeto de control fiscal, ya sea el servidor público o particular quien responderá.

En este orden de ideas, el primer elemento a estudiar por parte del juzgador fiscal debe ser el daño patrimonial de orden contractual; luego debe establecer la imputación del mismo, esto es, aquél daño probado dentro del proceso a quien debe imputársele, esto es, a quien de las partes debe imputársele para que cargue con la responsabilidad del daño patrimonial ocasionado al Estado producto de la gestión de un contrato estatal. Así las cosas la imputación debe hacerse al contratista particular o al servidor público o particular responsable de la aminoración en el patrimonio del Estado, lo que significa que la relación existente entre el daño patrimonial y el contrato estatal debe ser directo, esto es, que el patrimonio público aminorado debe concretarse en un bien o recurso público incorporado en el contrato estatal, tales como los inmuebles entregados, anticipos, materiales, istmos, maquinarias etc.

Luego de probar la existencia real, cierta y consolidada del daño patrimonial de naturaleza contractual, y de probada su regulación e incorporación como patrimonio público dentro de las estipulaciones contractuales; así como probado el sujeto de control fiscal a quien debe hacerse la correspondiente imputación singular si se trata de un solo sujeto, o imputación plural si se hace a varias personas ya naturales o jurídicas según haya un litisconsorcio como en los casos de las uniones temporales, consorcios o promesas de sociedades futuras. Una vez establecido lo anterior, debe procederse a revisar el tercer elemento de la responsabilidad que es el fundamento para reparar, y se trata de la existencia del régimen de responsabilidad previsto en la norma jurídica concreta, que en tratándose del daño contractual es el determinado primeramente en el mismo contrato estatal, en sus estipulaciones, en sus anexos, en los reglamentos técnicos, sociales, prediales, urbanísticos y ambientales que hacen parte de él. Para los servidores públicos además del contrato estatal el deber de reparar se encuentra en los manuales de funciones y reglamentos internos de la

Entidad, en los manuales de procedimientos de contratación y en los manuales de interventora, a mas de las normas locales y nacionales que regulan la estructura, organización y funcionamiento de cada una de las entidades.

Lo anterior indica que en términos del artículo 5o. de la Ley 610 de 2000, los elementos anteriores se concretan en la realización o existencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un sujeto que realiza gestión fiscal con casón de la gestión precontractual, de ejecución y liquidación contractual; el daño que se deriva de esa gestión contractual irregular; y la relación de causalidad existente entre esa conducta contractual y el daño contractual ocurrido. En síntesis, los elementos de la responsabilidad fiscal, obedece no solo a los elementos de la responsabilidad fiscal regulada en el artículo 5 de la ley 610 de 2000, sino también a los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado desarrollada por la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, en cuanto el daño en uno y otro régimen es el mismo.

La conducta se incorpora en el concepto de imputación y en síntesis ambas son presupuesto del daño, ya que la aminoración en el patrimonio son las consecuencias de una conducta y un agente que la realiza, esto es, que para que haya imputación debe existir conducta y pro ende un sujetos e control fiscal que actúa en desarrollo de una gestión contractual en representación de uno de los dos extremos de la relación contractual, esto es, contratante y contratista, pero existen unos terceros civilmente responsables como la aseguradora, y existe otro sujeto que coexiste en la ocurrencia del daño, y por ende susceptible de imputación, frente al cual existe el deber de reparar igualmente y es el interventor, pues tiene obligaciones concretas en relación al contrato vigilado y son las previstas en el contrato de interventoría y supervisión.



El fundamento es el deber jurídico de reparar, es decir, el imputado fiscal sólo responde si el daño probado no tiene el deber el Estado de soportarlo y si de acuerdo al régimen jurídico de responsabilidad existe norma jurídica o regulación contractual que establezca que quien soporta el daño no es el obligado a sufrirlo, es decir, que el fallo con responsabilidad fiscal se expide contra quien tiene que asumirlo conforme al contrato y conforme a las normas jurídicas contractuales, ambientales, laborales, industriales, sociales, prediales, urbanísticas etc.

Pero hace parte de la conducta y su consecuencia que es el daño en si mismo, el carácter volitivo con el que actuó el sujeto de responsabilidad fiscal, esto es, que el daño patrimonial haya ocurrido por la acción u omisión de un sujeto de responsabilidad fiscal a título de dolo o culpa grave, esto es, que el agente contractual, ya sea el servidor público en representación de la entidad pública contratante, el contratista particular, la aseguradora o el interventor del contrato haya actuado con el conocimiento de que con su conducta estaba causando la aminoración al patrimonio del Estado, esto tiene que ser un conocimiento actual al momento de la comisión de la conducta y no que haya tenido conocimiento después de que haya ocurrido la acción u omisión. Por su parte la culpa debe ser gravísima o grave, en la medida en que la negligencia, la impericia, la inobservancia o la violación de reglamentos debe ser de una entidad suma, que genere el descuido tal que la acción u omisión ocurrió por no haber actuado como le corresponde al buen administrador de los negocios ajenos. Es por ello que la Corte Constitucional señaló que si para el artículo 90 constitucional la responsabilidad patrimonial llegaba hasta la culpa grave, entonces es inconstitucional que el artículo 4 de la ley 610 de 2000 haya señalado que en materia de responsabilidad fiscal era procedente la culpa leve. De allí que la culpa leve como ingrediente de calificación de la conducta que ocasiona el daño patrimonial haya sido declarado inexecutable, para darle paso a la responsabilidad fiscal solo por el dolo o la culpa grave como lo señala el artículo 90

constitucional.

### **3.10. La determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal conforme a la Ley 1474 de 2011.**

El artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, ha señalado que el grado de culpabilidad para establecer la existencia de la responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave, conforme al artículo 90 constitucional. En desarrollo de ello, se presume que el gestor fiscal ha obrado con dolo en los siguientes casos:

- a. Cuando por los mismos hechos ha sido condenado en materia penal a título de dolo.
- b. Cuando por los mismos hechos haya sido sancionado disciplinariamente por faltas a título de dolo.

Igualmente se presume que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes casos:

- a. Cuando hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante.
- b. cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado.

c. Cuando se hayan omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas.

d. Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos.

e. Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales.

Debe tenerse en cuenta que en la gestión fiscal, por ser un conjunto de actuaciones, intervienen o participan diferentes sujetos de control fiscal, lo que significa que el concepto de gestor fiscal corresponde al concepto que en derecho penal y disciplinario denominamos grado de autoría y participación, esto es, que entre los diferentes gestores fiscales, unos responderán por acción u omisión, con dolo o culpa grave a título de autor, coautor o partícipe ya en el grado de determinador o interviniente, o de cómplice. De allí que responderán solidariamente, y su responsabilidad pecuniaria se cuantificará de manera individual teniendo en cuenta la participación del gestor fiscal en grado de proporcionalidad entre su actuación, su participación en la configuración del daño, el número de investigados, la cuantificación total del daño, y las estipulaciones del contrato, esto es, conforme al contrato, los pliegos de condiciones y el ordenamiento jurídico se debe establecer de quien es el deber de reparar total o parcialmente teniendo en cuenta a quien la asignan de manera

principal, subsidiaria o compartida en el caso que sean actuaciones administrativas complejas la obligación contractual y el deber legal de actuar o abstenerse de hacerlo, y que ello sea la causa eficiente del daño.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL, LA INVESTIGACIÓN Y EL JUICIO FISCAL POR EL DAÑO PATRIMONIAL OCURRIDO EN LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

El control y vigilancia a la gestión fiscal del Estado se desarrolla alrededor de cuatro procesos o categorías básicas que son: control macro, control micro, la responsabilidad fiscal y la jurisdicción coactiva. Sobre la responsabilidad fiscal, tanto la Contraloría General como las contralorías territoriales tienen competencia para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, tendientes a determinar la responsabilidad patrimonial de los encargados de llevar a cabo cualquier actividad que implique gestión fiscal, facultad que se encuentra concretada en el artículo 268, numeral 5 de la Constitución Política.

*“El proceso es una institución de satisfacción de pretensiones esencialmente dinámica; en tal virtud, el proceso se proyecta y desenvuelve en el tiempo, a través de la sucesión de una serie de actos o de etapas dirigidas a una finalidad, cual es la constatación de una situación jurídica en un caso concreto mediante una sentencia. El proceso se encuentra regido, entre otros, por los principios de celeridad y eficacia los cuales buscan que los trámites procesales se desarrollen con sujeción a los precisos términos señalados en la ley procesal y que el proceso concluya dentro del menor término posible y logre su finalidad, a través del pronunciamiento de la correspondiente sentencia”. Además, “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...”.*

El actual proceso de responsabilidad fiscal se adelanta conforme lo preceptuado por la Ley 610 de 2000, *“Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”*, a su vez, es importante resaltar, que su principal objetivo consistió en establecer el reconocimiento de las garantías constitucionales provenientes del debido proceso, de los principios consagrados para los procedimientos administrativos como orientadores del procesos de responsabilidad fiscal. Así, uno de los aspectos a resaltar en esta regulación es la *“consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación la administración, de manera que, de una parte, se brinde a los presuntos responsables vinculados a las investigaciones y a los juicios fiscales todas la garantías para el ejercicio de su derecho de defensa y, de otra, parte, las contralorías obren con celeridad, eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos procesos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas”*.

En los artículos 72 a 89 del anterior marco normativo, Ley 42 de 1993, se reguló el trámite del proceso de responsabilidad fiscal; en efecto, se estableció que las etapas de éste eran la investigación y el juicio. La primera comprendía el período de instrucción dentro del cual se allegaban y practicaban las pruebas que iban a servir de fundamento a las decisiones que se adoptaran en el proceso y, adicionalmente, se autorizaba la adopción de las medidas cautelares sobre los bienes de la persona vinculada a la investigación (artículo 75); esta etapa terminaba con la orden de archivo del expediente o la apertura del correspondiente juicio (artículo 77). Durante el juicio fiscal, se definía la responsabilidad de la persona o personas cuya gestión fiscal había sido objeto de investigación; esta segunda etapa culminaba con una decisión motivada en la cual se resolvía sobre la responsabilidad fiscal (artículos 79 y 81).

A pesar de que dentro del trámite de todo el proceso se contemplaba una serie de prerrogativas a favor del implicado, el ejercicio de su derecho de defensa, propiamente dicho, se garantizaba únicamente a partir de la etapa de juicio; sólo a esta altura del proceso se contemplaba el deber de notificar al presunto responsable de las decisiones tomadas *v. gr.* la que ordenaba la apertura del juicio fiscal y la que ponía fin al proceso, contra las cuales procedían los recursos gubernativos en los términos señalados por la ley (artículos 79 y 81).

“Estos vacíos en la legislación fueron rápidamente detectados por la Corte Constitucional en sede de tutela, cuando se estableció que el presunto responsable dentro de un proceso fiscal no contaba con todas las garantías para poder ejercer su derecho de defensa y se echó de menos la expedición, por parte del legislador, de una regulación integral sobre la materia.

En efecto, la Corte indicó que en los procesos fiscales era necesario asegurar la participación de los imputados en la etapa de investigación (lo cual no estaba contemplado en la ley) para que éstos pudieran ejercer su derecho de defensa y, por esta vía, garantizar la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa; en este sentido, se ha sostenido que el derecho de defensa en los procesos por responsabilidad fiscal debe garantizarse en cada una de las etapas del trámite, en forma unitaria, continua y permanente, es decir, tanto en la investigación como en el juicio fiscal. A su vez, esta Corporación también ha señalado que, aunque los artículos que regulaban el proceso de responsabilidad fiscal de la Ley 42 de 1993 no lo ordenaran expresamente, era forzoso notificar al presunto responsable el auto de apertura de investigación; además, se ha establecido que en razón a que la precitada ley no regulaba en forma directa la caducidad de la acción fiscal, ni fijaba el término de duración del juicio fiscal, era necesario remitirse a las normas del Código Contencioso Administrativo para llenar dichos vacíos, como lo señalaba el artículo 89 de la ley.

Así, debido a que la regulación legal del proceso de responsabilidad fiscal resultaba incompleta, el Congreso de la República expidió la Ley 610 de 2000, la cual consagra un régimen integral para el trámite del proceso fiscal y deroga las normas correspondientes de la Ley 42 de 1993. En los antecedentes legislativos del proyecto que se convirtió en la referida ley, se menciona que se pretende destacar “la precisión legal de las nociones de responsabilidad fiscal y proceso de responsabilidad fiscal, las reglas sobre caducidad y prescripción de la acción fiscal, la regulación de las vicisitudes procesales en relación con las decisiones interlocutorias y de trámite, el establecimiento de términos en el trámite de todas las fases del proceso, la regulación de las medidas cautelares, la determinación del monto de la responsabilidad y las consecuencias de su declaración; igualmente, se resaltan aspectos como la incorporación de las garantías a los implicados en correspondencia con el tratamiento jurisprudencial sobre la materia”.

### **1. Principios Orientadores del Proceso de Responsabilidad Fiscal.**

Los principios orientadores de proceso son absolutos, permanentes, inmodificables, no admiten excepciones y por tal razón el desarrollo del respectivo proceso debe atenerse a estos principios. En este entendido los principios son *mandatos de optimización*. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas.

Es esta la razón para denominarlos principios orientadores del proceso. Estos principios se convierten en postulados inexorables en el conocimiento, desarrollo y terminación del proceso. Por consiguiente, tenemos que los procesos de responsabilidad fiscal adelantados por las contralorías, deben garantizar la efectividad de los principios de orden constitucional

y legal, en salvaguarda también del principio de legalidad, en términos de ponderación, precedencia y proporcionalidad.

El proceso de responsabilidad fiscal, se orienta por una serie de principios materiales que devienen del marco constitucional, y de los postulados esenciales del derecho administrativo, procesal penal y procesal civil. A su vez, existe remisión normativa autorizada en el artículo 66 de la ley 610 de 2000 , que impone que ante los aspectos no previstos se aplicará en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, del Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal.

Los principios que son aplicables a este proceso, son máximas inviolables de derecho aplicables como criterios auxiliares en el desarrollo del proceso de responsabilidad fiscal. En ese orden de ideas, para el cumplimiento de la función encomendada al Contralor General expresada en el numeral 5 del artículo 268 de C.P. *“5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma”*, la ley ha determinado que esta función se debe cumplir con la observancia de los principios contenidos en los artículos 29 y 209 de Constitución Nacional, así como también aquellos consagrados en el Código Contencioso Administrativo.

El proceso de responsabilidad fiscal, se desarrolla con fundamento en los principios que rigen la función administrativa de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones y por disposición del artículo 2º de la Ley 610 de 2000, el debido proceso también surge como principio orientador dentro del proceso de responsabilidad fiscal y en consecuencia en ejercicio de esta acción se deberá garantizar los



derechos allí consagrados, toda vez que el artículo 29 constitucional hizo extensivo estos derechos a todas las actuaciones administrativas.

Sobre la aplicación del debido proceso en el ejercicio de la acción fiscal la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

El debido proceso se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata (art. 29 y 85) que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiénolas a los procedimientos y requisitos legales y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten (...). Así pues, el desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes

Y mediante sentencia SU-620 de 1996 con ponencia del magistrado Antonio barrera Carbonell, la Corte expresó:

*“El debido proceso es aplicable al proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a la observancia de las siguientes garantías sustanciales y procesales: legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa*

*competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.*

La aplicación del principio del debido proceso, va concatenada con la observancia de los principios y garantías del derecho procesal en general. Sobre el particular, la Corte Constitucional se ha pronunciado estableciendo que *“La finalidad del derecho procesal en general, y de los procesos en particular, es la realización de los derechos que en abstracto reconoce el derecho objetivo, realización que supone la solución de los conflictos”.*

Por su parte, Las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales, pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho.

Bajo esta consideración, le son aplicables al proceso de responsabilidad fiscal los principios del derecho procesal tales como: el principio de contradicción, lealtad procesal, economía procesal o celeridad, imparcialidad, igualdad y el de eventualidad o preclusión. Estos principios son pautas para todos los procesos toda vez que conservan su carácter de permanente y a los cuales haremos alusión en el acápite del régimen probatorio.

## **2. Naturaleza del Proceso de Responsabilidad Fiscal como conjunto de**

**actuaciones administrativas que da como resultado la expedición de un acto administrativo complejo, definitivo, reglado, individual y concreto susceptible de impugnación ante el juez de la administración.**

El proceso de responsabilidad fiscal es eminentemente administrativo en razón a la materia que regula, la cual consiste en determinar la responsabilidad de los servidores públicos y los particulares que cumplan funciones públicas y administren bienes o fondos del Estado y cuyo conocimiento se encuentra en cabeza de una autoridad administrativa como lo son las Contralorías en todos sus ordenes, a través de actuaciones administrativas que culminan con actos administrativos ejecutoriados.

De conformidad con la definición que hace la Ley que regula dicho proceso, igualmente podemos inferir el carácter administrativo del mismo y de esta manera lo entiende la propia Contraloría General cuando afirma: *“El Proceso de Responsabilidad Fiscal es una actuación eminentemente administrativa. La ley 610 de 2000, en su artículo 1º, define el proceso de responsabilidad fiscal "como 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".*

Igualmente, a este proceso le son aplicables, como lo habíamos afirmado antes, los principios rectores de la actuación administrativa previsto por el CPACA. En efecto el artículo primero establece el ámbito de aplicación dentro de los que abarca a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los ordenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la

Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este Código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de “autoridades”.

Así mismo, la norma establece que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de la parte primera que sean compatibles con excepción de los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.

En el anterior orden de ideas, el proceso de responsabilidad fiscal debe adelantarse con observancia de lo preceptuado en el artículo 2º del CCA, en razón a que el objeto que se debe alcanzar con este proceso debe ser el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los intereses de los administrados reconocidos por la ley. Al mismo tiempo, deben tenerse en cuenta los principios orientadores de las actuaciones administrativas consagrados en el artículo 3 de la misma disposición, como son el principio de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción.

*Para hacer efectiva la responsabilidad y obligar al servidor público o al particular a reparar el daño causado al erario por su actuación irregular, las contralorías deben adelantar, según lo defina la ley, un conjunto de actuaciones jurídicas que conforman el trámite del proceso de responsabilidad fiscal, de naturaleza netamente administrativa. Dicho procedimiento es de carácter resarcitorio, pues como consecuencia de la declaración de responsabilidad, el funcionario o particular debe reparar el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el Estado.*

Otra razón por la cual adquiere naturaleza administrativa esta determinada por la decisión tomada como consecuencia del proceso; así, a través de este proceso se juzga el incumplimiento de los deberes que les incumben a los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que atentan contra los bienes o recursos públicos y lesionan, por consiguiente, el patrimonio estatal.

Por su parte, el artículo 59 de la Ley 610 de 2000, establece que el fallo de responsabilidad fiscal que en materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme. (Se subraya).

En ocasiones, las contralorías actúan aplicando su propia interpretación de las normas del procedimiento administrativo y de las categorías jurídicas de la responsabilidad fiscal, contrariando la jurisprudencia y doctrina tanto del Consejo de Estado como de la jurisdicción contenciosa administrativa. Evidente error de legalidad, por cuanto debe tenerse en cuenta que las funciones de las Contralorías son de orden constitucional y legal, y ello implica que en la interpretación de las normas constitucionales prima la óptica de la Corte Constitucional, ya que las leyes de control y vigilancia fiscal, del proceso de responsabilidad fiscal y del control judicial de los actos de las contralorías son sometidas al control constitucionales Alto Tribunal quien las declara ajustadas o no a la Constitución. En ese orden de ideas, en la interpretación de los institutos fiscales de orden sustancial y procesal debe aplicarse lo señalado por la Corte Constitucional.

Así mismo, el Consejo de Estado como máximo guardián de la legalidad es la encargada de

la revisión de la conformidad de las actuaciones de las contralorías con las leyes que regulan el control y vigilancia fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal, y es por ello que la jurisprudencia de contencioso administrativa es importante porque ha venido decantando una disciplina del derecho público que tiene instituciones del derecho administrativo general como son las actuaciones administrativas, los actos administrativos, el control de legalidad. Tiene instituciones de la hacienda pública, tales como el presupuesto de gastos e ingresos, los asuntos tributarios y los bienes que constituyen el patrimonio público sobre el que recae la acción de las contralorías; tiene instituciones de la teoría de separación de poderes, tales como la autonomía e independencia para el ejercicio del control y la vigilancia de la gestión fiscal. Toda esa jurisprudencia la desarrolla el Consejo de Estado a través de las cinco secciones a través de las cuales conoce la legalidad de los actos administrativos de naturaleza laboral, industrial, higiene, salud, propiedad intelectual e industrial, actos contractuales, impositivos, económicos, monetarios, mineros, hidrocarburos, electorales y de acciones constitucionales etc.

Entonces el derecho del control y la vigilancia fiscal es una disciplina construida por la Constitución, la Ley en el orden de la hacienda pública presupuestal y tributaria, laboral de salud, ambiental y en todos los ordenes, los reglamentos de las contralorías, pero los criterios auxiliares son las jurisprudencia constitucional y administrativa de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. De allí, que las Contralorías al emitir sus decisiones, deben actuar como operadores del ordenamiento jurídico sustancial y procesal de la responsabilidad fiscal, así como también debe tener en cuenta que sus actos administrativos son susceptibles de control judicial ante el juez contencioso administrativo, así como susceptibles de las acciones constitucionales, lo cual implica que deben proferirse decisiones con sumo cuidado, pues es evidente que cualquier irregularidad es susceptible del control externo de un juez administrativo que de encontrar incurso el acto en una o mas causales de

nulidad del acto administrativo fiscal así lo declarará con la consecuente acción de repetición para el funcionario del control fiscal que incurra en la acción u omisión dolosa o gravemente culposa.

### **3. El procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal, conforme a la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011.**

Una vez identificados los principios aplicables al proceso de responsabilidad fiscal que se tornan universales y permanentes como ya indicamos, debemos acudir ahora a las reglas generales que orientan dicho procedimiento y que resultan adecuadas para obtener una vigilancia fiscal que cumpla con el objeto de resarcir los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal.

Las reglas generales del procedimiento del proceso de responsabilidad fiscal o *principios técnicos de procedimientos*, al ser desarrollados muestran que existen unos que sirven y otros que no en una determinada época o respecto de una comunidad, pues sólo se les puede evaluar con un sentido eminentemente pragmático, de ahí la importancia de conocerlas debidamente, para estimando que ellas pueden ser disímiles, escoger la que en el momento histórico puede ser útil, sin que implique que la contraria sea mala, sólo que temporalmente no es la adecuada, pero bien puede serlo si las condiciones cambian.

#### **3.1 El Proceso ordinario de responsabilidad fiscal.**

Las contralorías hoy cuentan con dos procesos de responsabilidad fiscal a saber: El proceso ordinario de responsabilidad fiscal, y el proceso verbal introducido en la legislación

colombiana por la ley 1474 de 2011.

### **3.1.1 Forma de iniciación del proceso y aplicación de la regla inquisitiva y dispositiva.**

Según lo preceptuado por el artículo 8° de la Ley 610 de 2000, “El proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000”.

Esta disposición, establece los eventos en los cuales se puede iniciar un proceso de esta naturaleza identificando cuatro formas:

- De oficio, como consecuencia del ejercicio del sistema de control fiscal por parte de las propias contralorías.
- A solicitud de cualquier entidad vigilada.
- A solicitud de cualquier persona mediante queja.
- A solicitud de varias personas a través de los mecanismos de participación previstos en la Constitución.

Las formas de iniciar los procesos de responsabilidad fiscal a las que hemos hecho alusión, tiene relación directa las reglas inquisitiva y dispositiva del derecho procesal y a la potestad de las contralorías de adelantar dichas investigaciones.



Por una parte, en virtud de la regla inquisitiva, *“corresponde fundamentalmente al Estado adelantar y fallar los procesos. Para su desarrollo no es necesario la iniciativa de los interesados en el asunto, quienes, como es obvio, se constituyen parte en el respectivo proceso, incluso en contra de su voluntad”*.

Conforme a esta regla, la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal le compete al Estado representado por los órganos de control fiscal, que no sólo esta limitada a la iniciación del proceso, de tal manera que en virtud de la misma regla, la corresponde a las contralorías el adelantamiento y el fallo del proceso. Según la jurisprudencia constitucional al estudiar el artículo 268 superior, esta facultad *“hacen referencia al deber de quienes ejercen como titulares del control fiscal, de exigir a los responsables del manejo de los fondos o bienes de la Nación una satisfactoria rendición de cuentas, y de estos a entregarlas oportunamente, de conformidad con los métodos y criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados, específicamente establecidos para el efecto, determinando su grado de eficiencia, eficacia y economía en su gestión”*.

Por otro lado, *“como toda concepción extrema, no es prudente aplicarla íntegramente; no se puede comprender que una legislación procesal esté informada de un modo exclusivo por una u otra regla; toda lo contrario: se deben escoger los puntos favorables de cada una de ellas, conciliarlos y aplicarlos conjuntamente*  
*Bajo esta concepción existe, otro mecanismo para dar vida a este proceso apoyado en la regla dispositiva del derecho procesal consistente en “la facultad exclusiva del individuo de reclamar tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional o administrativo, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a su fin”*.

De la aplicación de las dos reglas expuestas, tenemos que la iniciación del proceso corresponde tanto al órgano de control fiscal como a las personas particulares interesada. Ahora bien respecto al impulso y desarrollo del proceso, tenemos que, el proceso de responsabilidad fiscal se caracteriza por ser netamente inquisitivo, dejando sólo como

vestigio de la regla dispositiva la facultad del investigado de solicitar sea escuchado en versión libre y la facultad de solicitar el decreto y la práctica de pruebas, razón por la cual le corresponde a las contralorías en cumplimiento de sus funciones adelantar el proceso, con observancia de los principios orientadores del procesos de índole constitucional y procesal, hasta su culminación. En relación a la versión libre, como su nombre lo indica, es una diligencia que se decreta y practica primeramente a solicitud libre del investigado, o si el funcionario investigador lo cita a versión libre, debe tener en cuenta que es una diligencia frente a la cual no está obligado el investigado, y que éste puede asistir directamente acompañado de apoderado, o también puede tomar la decisión de hacerlo por escrito, o asistir personalmente y luego acompañar la diligencia mediante escrito en el que podrá ahondar en explicaciones, acompañar pruebas y solicitar la práctica de las mismas.

El inciso tercero del artículo 2º del Código Contencioso Administrativo, establece que en virtud del principio de celeridad las autoridades públicas tendrán el impulso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios (...) advirtiendo que el retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria. Quiere decir lo anterior, que una vez terminada cierta etapa en el proceso de responsabilidad fiscal, el funcionario encargado de adelantar el proceso le asiste el deber de pasar al etapa subsiguiente, sin que sea necesario que el implicado presente una petición expresa. Aquí es suficiente con que se declara agotada una etapa para que sea obligatoria para el órgano de control fiscal seguir con el proceso a la etapa que sea pertinente.

### **3.1.2 De la indagación preliminar en la Ley 610 de 2000 y Ley 1474 de 2011**

La Ley 610 de 2000, estableció que en determinados casos podía presentarse una etapa previa a la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal, es decir que su trámite no sería

obligatorio a menos de presentarse las condiciones que la misma ley prevé. En tal sentido, se ha previsto un periodo preprocesal de investigación o de indagación preliminar, el cual no debe ser superior a seis (6) meses y cuya finalidad de conformidad con el artículo 39 y de la comprobación de estos requisitos dependerá la apertura o no del proceso de responsabilidad fiscal. Los objetivos de la indagación preliminar, que a su vez se convierten en los requisitos para su procedencia son:

Verificar la competencia del órgano fiscalizador: *El principio del juez natural*, es aplicable en todos aquellos procesos sean judiciales o administrativos. Es una extensión del principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*”. (se subraya). Por consiguiente tal como se verá mas adelante en este capítulo, la incompetencia del órgano fiscalizador genera nulidad del proceso de responsabilidad fiscal, de ahí la importancia por empezar con determinar con certeza que la contraloría que este conociendo de la indagación preliminar sea la competente para adelantar las averiguaciones tendientes a determinar la responsabilidad de los gestores fiscales. En un principio, en la práctica no tendría inconvenientes el proceso, pues las contrarias territoriales ejercen sus competencia para el respectivo municipio o departamento. Pero la cuestión radica, en el ejercicio de la facultad de control fiscal excepcional y concurrente del que goza la Contraloría General de la República. Situación que ya ha sido analizada, en el título tercero de esta parte. Pero, en caso de presentarse conflicto de competencia entre contralorías, negativo o positivo, el artículo 88 del CCA, establece como mecanismo para dirimir dicho conflicto, la acción de

definición de competencias, promovido, por un lado, ante el respectivo Tribunal Contencioso Administrativo, cuando el conflicto se presente ante contralorías del mismo departamento o entre una departamental con las municipales de la misma circunscripción, y por otro lado ante el Consejo de Estado, cuando el conflicto se ha suscitado entre contralorías de diferente departamento o entre una de ellas y la Contraloría General o entre las contralorías territoriales y la Auditoría general de la república.

La ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal: La conducta del agente fiscal, se encuentra directamente relacionada con el concepto de daño patrimonial, de tal manera que aquellas conductas aun cuando sean antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, deben causar un menoscabo al patrimonio público. De este modo, reiteramos lo consignado en el capítulo anterior, que la conducta y el daño patrimonial son elementos estructurante de la responsabilidad fiscal, que se encuentran directamente relacionados en virtud de una relación de causalidad.

Determinar la entidad afectada: La entidad afectada, evidentemente debe ser una entidad pública, pero además, “El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico”.

Identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él: en cuanto a la determinación de los presuntos autores, no se exige que se tenga certeza de los servidores o particulares que en efecto a contribuido a la disminución del patrimonio del Estado, en consecuencia lo que se interpreta de la norma que sólo es necesario contar, mínimo, con la identificación sobre los presuntos responsables.

Entonces, la indagación preliminar o investigación previa, regulada por el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, procede sólo en los casos de presentarse duda sobre si es procedente o no abrir el proceso de responsabilidad fiscal ante una eventual irregularidad evidenciada sea como producto de las auditorias o de alguna queja presentada ante el ente de control. Sus objetivos son trascendentales, pues resulta imperativo su demostración para que pueda ser admisible proferir auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Según prescripción del artículo 20 de la ley 610 de 2000, las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas hasta su culminación. En consecuencia, hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal, ningún funcionario podrá suministrar información, ni expedir copias de piezas procesales, salvo que las solicite autoridad competente para conocer asuntos judiciales, disciplinarios o administrativos.

Así mismo, establece la norma que el incumplimiento de esta obligación constituye falta disciplinaria, la cual será sancionada por la autoridad competente con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales. Y además, que los sujetos procésales tendrán derecho a obtener copia de la actuación para su uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos, con la

obligación de guardar reserva sin necesidad de diligencia especial.

Como mecanismo para hacer efectivo el derecho de defensa en el transcurso de la indagación preliminar, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 42 de la Ley 610 de 2000, el implicado que tenga conocimiento de la apertura de la indagación preliminar en su contra, podrá pedir hasta antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, que se le escuche en exposición libre y espontánea en compañía de apoderado, si así lo considera pertinente.

La Contraloría General de la República, mediante una guía práctica ha ilustrado el procedimiento para evaluar los antecedentes del proceso de responsabilidad fiscal y adelantar de manera eficiente la indagación preliminar, que a continuación se transcribe.

*El funcionario competente designa a un funcionario y le asigna el antecedente para la sustanciación y práctica de pruebas en la indagación preliminar mediante Auto, a través del procedimiento de reparto equitativo.*

*El funcionario asignado elabora el plan de instrucción de la indagación preliminar y lo presenta al funcionario competente.*

*El funcionario competente evalúa el plan de instrucción de la indagación preliminar y lo aprueba de encontrarlo procedente, o en su defecto lo devuelve con las observaciones para ser corregido.*

*De ser aprobado el plan de instrucción, el funcionario competente profiere el auto de*

*apertura de la indagación preliminar, donde decreta las pruebas de oficio que considere pertinentes y conducentes.*

*El funcionario competente comunica el auto de apertura al representante legal de la entidad afectada y a los posibles presuntos responsables de ser conocidos.*

*El funcionario competente hace constar en acta la práctica de todas las pruebas decretadas de oficio o a petición de parte, e incorporará los documentos autenticados en el expediente.*

*El funcionario competente incorpora al expediente copia de la póliza del presunto responsable o del bien o del contrato sobre el cual recae el objeto de la indagación.*

*El funcionario competente recibe exposición libre y espontánea, cuando el posible presunto responsable se lo solicite (Art. 42 ley 610 de 2000).*

*En el ejercicio de funciones de Policía Judicial se toman las medidas necesarias para asegurar las pruebas (Art. 29 ley 610 de 2000).*

*Si se deniega la práctica de pruebas solicitadas, por inconsecuentes o improcedentes, se hace mediante auto motivado. Contra esta decisión proceden los recursos de reposición y apelación.*

*Los incidentes de nulidad, caducidad, prescripción, se deciden mediante auto motivado, el cual es susceptible de ser impugnado a través de los recursos de reposición y apelación.*

*El funcionario competente evalúa el acervo probatorio, bajo el principio de la sana crítica y la persuasión racional y decide sobre el archivo o la apertura del proceso de*

*responsabilidad fiscal (Art. 26 ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente decide sobre la indagación preliminar mediante auto, optando por*

*13.1. Archivar el expediente, si no existe mérito para abrir el proceso de Responsabilidad Fiscal, por: la inexistencia del hecho, que éste no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad de la misma.*

*13.2. Abrir el proceso de responsabilidad fiscal*

*13.3. Trasladar el expediente o el auto que puso fin a la indagación preliminar a las autoridades competentes o dependencias internas de la Contraloría General de la República, para que se inicie el proceso respectivo. (Art. 21 ley 610 de 2000).*

*El auto que decide la indagación preliminar no es susceptible de recurso alguno.*

*Procede la reapertura de la indagación, cuando aparecen o se aportan nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demuestre que la decisión se basó en prueba falsa (Art. 17 Ley 610 de 2000 )*

### **3.1.3 La apertura del proceso de responsabilidad fiscal.**

El proceso de responsabilidad fiscal al igual que la indagación preliminar puede tener inicio en las mismas causas. El artículo 8° prescribe que el proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por



parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana.

De igual manera, el proceso de responsabilidad fiscal puede tener apertura como resultado de las diligencias preliminares a las que hemos hecho alusión en el numeral anterior, de esta manera cuando se tenga certeza del daño patrimonial al Estado e indicios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario encargado ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal da inicio de manera formal al proceso, *con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en el ejercicio de su gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado (Art. 1o. ley 610 de 2000)*. El auto de apertura, es un auto que por ser de mero trámite no proceden recursos en contra de él y por consiguiente interrumpe el término de caducidad de la acción fiscal. Así mismo, el auto de apertura debe ser notificado en debida forma a los afectados e interesados para que ejerzan su derecho legítimo a la defensa técnica y puedan intervenir en el proceso.

Para adelantar las diligencias procesales y probatorias que corresponde al proceso de responsabilidad fiscal, el órgano de control respectivo cuenta con un término perentorio de tres (3) meses, que podrá ser prorrogable, mediante auto motivado, por dos meses más (art. 45. Ley 610 de 2000), con el objeto de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, mediante el cual se tendrán en cuenta el

cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión.

#### **3.1.4 Contenido del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.**

El auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, debe cumplir con unas formalidades y requisitos señalados por la ley. En este orden de ideas, el artículo 41 de la Ley 610 de 2000, preceptúa que el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Competencia del funcionario de conocimiento.
2. Fundamentos de hecho.
3. Fundamentos de derecho.
4. Identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales.
5. Determinación del daño patrimonial al Estado y estimación de su cuantía.
6. Decreto de las pruebas que se consideren conducentes y pertinentes.
7. Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura a los presuntos responsables.
8. Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su

identidad personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales.

9. Orden de notificar a los presuntos responsables esta decisión.

Para ilustrar el trámite posterior a la apertura del proceso, nuevamente acudimos a la guía práctica de la Contraloría General de la República, de esta manera tenemos que:

*"El proceso de responsabilidad fiscal, procede cuando: de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control fiscal o por solicitud de control excepcional, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado y existan indicios serios sobre los posibles autores del mismo. (Art. 40 ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente mediante reparto y por auto designa a un funcionario sustanciador para que impulse el proceso y practique pruebas y le asigna el antecedente, a través de un procedimiento de reparto equitativo.*

*El funcionario sustanciador asignado, elabora el plan de instrucción del proceso de Responsabilidad Fiscal y lo presenta al funcionario competente, quien lo evalúa y aprueba de encontrarlo procedente, o en su defecto lo devuelve con las observaciones para ser corregido.*

*Si el funcionario competente no encuentra procedente el plan de instrucción, lo devuelve con las observaciones para ser corregido.*

*El funcionario asignado corrige el plan de instrucción y lo vuelve a presentar al funcionario competente.*

*El funcionario sustanciador proyecta para la firma del funcionario competente el auto de apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, decretando las pruebas de oficio que considere pertinentes y conducentes (Art. 25 y 40 ley 610 de 2000).*

*El funcionario sustanciador proyecta para la firma del funcionario competente el auto que decreta y hace efectivas las medidas cautelares del caso, llevando un cuaderno separado (Art. 12 ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente comunica el auto de apertura al representante legal de la entidad afectada, para enterarle de lo previsto en el numeral Art. 41 numeral 8 de ley 610 de 2000.*

*El funcionario competente notifica a través de Secretaría Común, personalmente o por edicto el auto de apertura, en el evento que se haya identificado al presunto responsable (Art. 40 ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente solicita a la entidad afectada, en relación con los presuntos responsables, la siguiente información: Identificación, última dirección registrada o conocida, salario devengado para la época de los hechos y cualquier otra que pueda interesar al proceso. (Art. 41 numeral 8 de ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente vincula al garante o compañía aseguradora, en calidad de tercero civilmente responsable, cuando el presunto responsable, el bien o el contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza de seguros, dicha vinculación se surte con la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado de la compañía (Art. 44 ley 610 de 2000), en concordancia con las sentencias C-648 de 2002 y C-735 de 2003.*

*El funcionario competente incorpora al expediente copia de la póliza del presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recae el objeto del proceso.*

*El funcionario competente hace constar en actas la práctica de las pruebas decretadas.*

*El presunto responsable rinde versión libre y espontánea sobre los hechos acaecidos, cuando él o el funcionario competente lo solicite (Art. 42 ley 610 de 2000).*

*Si el presunto responsable no pudo ser localizado o siendo citado no compareció a rendir versión libre y espontánea, se debe nombrar un apoderado de oficio, con el que se continúa el trámite del proceso (Art. 43 ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente recibe la exposición libre y espontánea del presunto responsable.*

*En ejercicio de funciones de Policía Judicial, el funcionario competente toma las medidas necesarias para asegurar las pruebas (Art. 29 ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente evalúa el acervo probatorio, bajo el principio de la sana crítica y la persuasión racional y decide sobre el archivo o la imputación de la Responsabilidad Fiscal (Art. 26 ley 610 de 2000).*

*Las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial; de responsabilidad fiscal; administrativo o disciplinario, pueden trasladarse en copia o fotocopia al proceso de Responsabilidad Fiscal (Art. 28 ley 610 de 2000 ).*

*Los hallazgos fiscales tienen validez probatoria dentro del proceso, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales de la ley (Art. 28 ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente puede comisionar para la práctica de pruebas a otro funcionario idóneo (Art. 27 ley 610 de 2000).*

*El investigado puede controvertir las pruebas a partir de la notificación del auto de apertura del proceso (Art. 32 ley 610 de 2000)*

*A los funcionarios que adelanten los procesos de responsabilidad fiscal, le son aplicables las causales de Impedimento o Recusación establecidas en el Art. 34 ley 610 de 2000, Artículos 30, 160, 160A y 160B del Código Contencioso Administrativo, 150 del C.P.C., Artículo 99 del C.P.P., y Artículo 40 de la Ley 734 de 2002.*

*El funcionario impedido o recusado pasa el proceso a su superior jerárquico o funcional según el caso, señalando la causal existente y aportando las pruebas con las que cuenta para que su superior decida de plano si acepta el impedimento o la recusación (Art 35 ley 610 de 2000 ).*

*El funcionario competente en cualquier estado de la Indagación o del proceso, declara mediante auto la cesación de procedimiento cuando: se establezca que la acción fiscal no podría iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado, o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de Responsabilidad Fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente (Art. 16 ley 610 de 2000 ) y en consecuencia ordenará el archivo (Art. 47 ley 610 de 2000 ).*

*Si el funcionario competente encuentra demostrado objetivamente el daño o detrimento económico del patrimonio del Estado, a través de testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la Responsabilidad Fiscal de los implicados, debe proceder a:*

*26.1. El funcionario competente profiere auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal, el cual debe contener la identificación plena del presunto responsable, de la entidad afectada y la entidad garante, del número de la póliza y del valor asegurado, entre otros. (Art. 48 de la ley 610 de 2000).*

*26.2. La decisión de imputar Responsabilidad Fiscal no es susceptible de recurso alguno y se notifica a los cobijados con esta disposición, personalmente o subsidiariamente por edicto.*

*26.3. El funcionario competente notifica el auto de imputación de Responsabilidad Fiscal al presunto responsable, o a su apoderado o a la entidad garante, si los hay, el cual no es susceptible de recurso alguno (Art. 49 ley 610 de 2000).*

*26.4. Si no se puede notificar personalmente el auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal al presunto responsable y no está representado por apoderado de oficio, se surtirá la notificación por edicto y se designará apoderado de oficio, con quien se continúa el trámite del proceso (Art. 43 y 49 ley 610 de 2000 ).*

*26.5. El funcionario competente pone el expediente a disposición de los implicados para que en término de diez (10) días, contados a partir del día siguiente de la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto, para que presenten sus descargos y argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas y soliciten o aporten las pruebas que pretendan hacer valer (Art. 50 ley 610 de 2000).*

*26.6. Durante este término el expediente permanecerá disponible en Secretaría Común (Art. 50 ley 610 de 2000).*

*Si se presentan descargos y se solicitan pruebas, el funcionario competente ordenará mediante auto la práctica de las pruebas solicitadas o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes, por un término máximo de treinta días (Art. 51 ley 610 de 2000 ).*

*27.1. El auto que decreta o rechaza las pruebas debe notificarse por estado al día siguiente de su expedición.*

*Contra el auto que rechaza la solicitud de pruebas proceden los recursos de reposición y apelación, ésta última se concede en efecto diferido (Art. 51 ley 610 de 2000 ).*

*27.2. Los recursos deben interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo.*

*El funcionario competente una vez vencido el término del traslado y practicadas las pruebas pertinentes profiere decisión de fondo, es decir fallo con o sin responsabilidad fiscal, dentro del término de treinta días (Art.52 ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente profiere fallo con responsabilidad fiscal, cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa grave del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el agente y el daño causado al erario, estableciendo en consecuencia la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable (Art. 53 de la ley*



610 de 2000).

*29.1. Los fallos con Responsabilidad Fiscal, deben determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo al valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificado por el DANE para los correspondientes períodos (Art. 53 de la ley 610 de 2000).*

*29.2. En forma muy puntual, se debe determinar la Responsabilidad Fiscal debidamente actualizada al momento del fallo indicando sin lugar a equívocos si la responsabilidad es Individual o Solidaria.*

*29.3. Cuando se encuentren vinculadas personas naturales y jurídicas, aclarar la responsabilidad de cada implicado, indicando si se les endilga responsabilidad: a la persona natural como tal o como representante legal, como socios o accionistas.*

*El funcionario competente profiere Fallo sin Responsabilidad Fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la Responsabilidad Fiscal (Art. 54 ley 610 de 2000).*

*El funcionario competente notificará personalmente o subsidiariamente por edicto el correspondiente fallo, de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo (Art. 55 ley 610 de 2000).*

*31.1. Contra el fallo proceden los recursos de reposición y apelación, de conformidad con el Código Contencioso Administrativo.*

*Las providencias quedan ejecutoriadas cuando: contra ellas no procedan ningún recurso, cinco días hábiles después de la última notificación, cuando no se interponga recursos o se renuncie expresamente a ellos y cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (Art. 56 ley 610 de 2000).*

*El proceso de responsabilidad fiscal cuenta con una segunda instancia (apelación) (Art. 57 ley 610 de 2000).*

*Recibido el proceso, el funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los veinte días hábiles siguientes, éste podrá decretar de oficio la práctica de pruebas que considere necesarias para decidir la apelación por un término máximo de diez días hábiles, libre de distancia, pudiendo comisionar para su práctica (Art. 57 ley 610 de 2000).*

*Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, presta mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y garantes, el cual se hará efectivo a través de la Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República (Art. 58 ley 610 de 2000).*

*En firme y ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal, se incluye a los responsables fiscales en el boletín de responsables fiscales de la Contraloría General de la República (Art. 60 ley 610 de 2000).*

*En firme el fallo con responsabilidad fiscal y dentro de los cinco días de su ejecutoria se debe remitir copia del mismo a la Procuraduría General de la Nación, so pena de incurrir en falta disciplinaria gravísima (numeral 57 Art. 48 ley 734 del 05/02/2002).*

*Cuando el fallo con responsabilidad fiscal cobije a un contratista, el funcionario competente solicita a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que*

*no haya expirado el plazo de su ejecución y no se encuentre liquidado (Art. 61 ley 610 de 2000)".*

### **3.1.5 Del fallo con responsabilidad fiscal y ejecutoria de la providencia.**

El fallo con responsabilidad fiscal es un acto administrativo motivado, mediante el cual se establece la ocurrencia de un daño patrimonial como consecuencia de la conducta de un servidor público o particular que administre bienes o recursos del estado. Esta declaración debe fundamentarse en unos requisitos que condicionan la responsabilidad fiscal. El artículo 53 de la Ley 610 de 2000, establece que el funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

En palabras de la Corte constitucional, el fallo de responsabilidad fiscal es una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa.

Para la ejecutoria del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal es necesario que sea notificado conforme las normas de notificación que establece el

Código Contencioso Administrativo y contra la cual procederán los recursos que establece la ley para el efecto (Art. 55, Ley 610 de 2000).

Así de esta manera, en el proceso de responsabilidad fiscal, el fallo que declara dicha responsabilidad quedará ejecutoriado en los eventos señalados en el artículo 56 del mismo estatuto el cual preceptúa que las providencias quedaran ejecutoriadas cuando contra ellas no proceda ningún recurso; Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos y cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

Además de los recursos ordinarios que proceden contra el fallo de responsabilidad fiscal, la ley 610 de 2000, ha previsto la figura de la consulta como mecanismo para aplazar la ejecutoriedad del fallo. Según el artículo 18 de esta disposición, la consulta procede contra la decisión de archivo, el fallo sin responsabilidad fiscal y el fallo con responsabilidad fiscal cuando el responsable haya sido defendido por un abogado de oficio. Una vez interpuesta la consulta de la decisión el funcionario encargado debe remitir dentro de los tres (3) días siguientes el expediente al superior jerárquico para que decida en grado de consulta.

Para decidir la consulta, el funcionario cuenta con un término perentorio de un mes, al cabo de los cuales debe pronunciarse; si no se pronuncia se presume que el acto que se somete a consulta ha sido confirmado, pero claro esta, sin perjuicio de las consecuencias disciplinarias del funcionario por la mora en la decisión. (Art. 18 Ley 610 de 2000)

Una vez ejecutoriado el fallo con responsabilidad fiscal, quedará en firme y sólo será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en los términos del artículo 56 de la Ley 610 de 2000 y tal como se explicara en el título octavo de esta parte.

### **3.1.6 Alcance y consecuencias del fallo de con responsabilidad fiscal.**

Para conocer el alcance del fallo con responsabilidad fiscal, hay que partir de la base de la ejecutoriedad del mismo, es decir su firmeza; pues sus consecuencias esta directamente relacionada con el carácter ejecutivo como acto administrativo del fallo y en virtud de estas características, las contralorías tiene la potestad de hacerlo cumplir por todos los medios legales que le son posibles a fin de obtener el resarcimiento del patrimonio público que ha resultado afectado por la gestión fiscal de un sujeto de control fiscal.

En este orden de ideas, la primera de las consecuencias es la obligación que se le impone al gestor fiscal de pagar una suma de dinero con el fin de reparar el patrimonio público que se ha visto afectado por su conducta. Por consiguiente, la primera consecuencia es su carácter resarcitorio patrimonial.

Otras consecuencias del fallo con responsabilidad fiscal son las que procedemos a explicar a continuación:

- Inclusión del boletín de responsables fiscales: esta es una consecuencia accesoria al fallo, consistente en que el nombre de la persona que resulte declarada como responsable fiscal, debe ser incluido en el boletín de responsables fiscales de la Contraloría general de la República, que debe ser actualizado cada tres meses, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000. este boletín sólo es llevado a nivel nacional y para los efectos, es deber de la contralorías territoriales enviar periódicamente esta información a la Contraloría General, en la forma en que esta última prescriba, para efectos de vincular los nombres de los responsables o por el contrario de actualizar la base de datos de

aquellas personas a las cuales se les haya revocado la medida o hayan acreditado el pago de la obligación.

-Consecuentemente la inclusión en el boletín de responsables fiscales, conlleva la imposibilidad de ser nombrado o ejercer en cualquier cargo público o de celebrar contratos con la administración en cualquier nivel, reiterado como inhabilidad en el Código disciplinario Único en el artículo 38, numeral 4 de la Ley 734 de 2000.

-Declaratoria de caducidad del contrato: Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad fiscal, a las contralorías les asiste el deber de solicitar ante la entidad pública correspondiente la declaratoria de caducidad de los contratos que aun tenga vigente el declarado responsable fiscal. (Art. 61, Ley 610 de 2000). Esta cláusula proviene de la potestad otorgada por la ley a las entidades públicas en virtud del artículo 18 de la Ley 80 de 1993. pero aquí en el estatuto contractual la posibilidad de declarar la caducidad proviene del incumplimiento grave del contrato y como medida para garantizar la continuidad en la prestación de los servicios y para este caso la potestad de declaratoria de la caducidad se la otorga la Ley 610 de 2000 artículo 61, no como consecuencia del incumplimiento del contratista como ya se dijo, sino por motivo de orden público.

#### **4. De la conexidad, la unidad procesal y la acumulación de procesos.**

Siendo el principio de economía procesal orientador de los procesos en nuestro país, resulta adecuado que se tramite en un solo proceso la resolución de una conducta sin

importar el número de implicados. De este modo, la unidad procesal en materia fiscal consiste en poder tramitar en un solo proceso para que igualmente sea decidido en un mismo fallo, la conducta de distintas personas que han afectado el patrimonio público, con lo cual se pueden disminuir el número de procesos y decisiones contradictorias al interior de una determinada contraloría.

Bajo estos preceptos, el artículo 14 de la Ley 610 de 2000, establece que por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera sea el número de implicados; si se estuviere adelantando más de una actuación por el mismo asunto, se dispondrá mediante auto de trámite la agregación de las diligencias a aquellas que se encuentren más adelantadas. Los hechos conexos se investigarán y decidirán conjuntamente.

Tal como lo expone Uriel Amaya, la conexidad se ha dividido con dos categorías, conforme al tratamiento principalmente dado por la jurisprudencia penal, las cuales corresponden a la denominada *conexidad sustancial*, cuando existe un vínculo común entre lo diverso hechos dañinos causados del patrimonio público; y a la *conexidad procesal o formal*, cuando, no existiendo aquella atadura sustancial entre los hechos, por razones de conveniencia o economía procesal se justifica la acumulación.

Es importante resaltar, que de la indebida declaratoria de conexidad de un proceso puede resultar la violación al principio de unidad procesal y por consiguiente el de legalidad, que en principio no generaría ninguna consecuencia para el proceso, salvo que el investigado llegara a demostrar la vulneración a algún derecho material y garantías y derechos fundamentales en transcurso de la actuación.

Al respecto la Sala de casación penal de la Corte suprema de justicia ha expresado:

*El principio de unidad procesal consagrado en el artículo 88 del Código de Procedimiento -el cual reproduce el 14 del código vigente para la época de la investigación y calificación de este sumario-, no es absoluto. Su desconocimiento tampoco genera, de suyo, nulidad de la actuación cumplida. Para que su inobservancia afecte la validez de los actos procesales, se requiere que lesione las garantías fundamentales, según lo establece el mismo precepto, demostración que no intenta el impugnante.*

*Cuando la incorrección sobreviene por falta de vinculación al proceso de uno o varios partícipes del hecho punible, muy excepcionalmente podría originarse nulidad por afectación de los derechos fundamentales de quienes están siendo procesados, dado que la responsabilidad penal, por principio, es individual y su declaración, por ende, no requiere la concurrencia de todos los partícipes.*

Por su parte la acumulación de procesos, directamente relacionada con los autores de la conducta generadora del daño patrimonial, procede a partir de la notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal y siempre que no se haya proferido fallo de primera o única instancia, de oficio o a solicitud del sujeto procesal, cuando contra una misma persona se estuvieren adelantando dos o más procesos, aunque en ellos figuren otros implicados y siempre que se trate de la misma entidad afectada, o cuando se trate de dos o más procesos por hechos conexos que no se hubieren investigado conjuntamente.

Por último es importante recalcar que únicamente procederá la acumulación de procesos en los casos expresamente señalados en los eventos anteriores y en caso de una indebida acumulación las consecuencias serían las mismas descritas por la improcedencia de decretar la conexidad de procesos en perjuicio de la unidad procesal.

## **5. Suspensión de términos en el proceso de responsabilidad fiscal.**



Como ya hemos expresado el proceso de responsabilidad fiscal se rige principalmente por la regla inquisitiva del derecho procesal, por su puesto también, su procedimiento se orienta en el principio de economía. Bajo estos presupuesto, en condiciones normales lo que debe suceder es que el proceso se adelante sin dilaciones o suspensiones en el trámite del mismo, pues no tendría razón mas aún sería violatoria del principio de legalidad que el funcionario encargado de adelantar el proceso decidiera suspender el trámite del proceso sin justificación aparente incurriendo en una falsa motivación.

Con el fin de evitar que los funcionarios entorpezcan el curso del proceso alegando v. gr. exceso de trabajo, se estableció, como es propio en un estado de derecho una reglamentación para esta figura, la figura de la suspensión de términos con el fin de reglamentar su procedencia estableciendo los eventos en que resulta procedente la figura. En tal sentido, tenemos que el artículo 13 de la Le 610 de 2000, reglamenta la suspensión de términos en el proceso de responsabilidad fiscal, estableciendo que *“el cómputo de los términos previstos en la presente ley se suspenderá en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales casos, tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno”*.

Las reglas indican que las causales de suspensión de los términos procesales no obran *ipso jure*, sino que se exige declaración expresa que así lo ordene, mediante un auto de trámite. Sin embargo, debe advertirse, que a pesar de tratarse de un auto de mero trámite, que impide la procedencia de recursos, y la notificación sólo se produce por estado, el mismo debe contener de manera explícita un *examen justificado* de los hechos constitutivos de la causal invocada para la suspensión, particularmente en tratándose de *fuerza mayor o caso*

*fortuito*, con el fin de que las partes procesales conozcan la causal invocada por la Contraloría para suspender el proceso. En el caso extremo en que dicha declaratoria no se ajuste a la previsión normativa cabría solicitar la revocatoria directa del acto que la declaró.

De otro lado, existe un evento de carácter especial mediante el cual procede la suspensión de términos en el proceso de responsabilidad fiscal a efecto de evitar la prescripción de la responsabilidad fiscal. Esta posibilidad, la otorga la Ley 715 de 2001 *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”* y doctrinariamente es conocida como prejudicialidad que en este caso será penal.

En efecto, el inciso 6° del artículo 89 establece que *“Cuando se inicie un proceso penal por alguno de los hechos señalados en el inciso anterior, la contraloría competente podrá suspender el proceso de responsabilidad fiscal hasta que se decida el proceso penal. La suspensión del proceso por esa circunstancia suspenderá el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal”*.

Sobre la interpretación de la norma, es necesario advertir que la facultad de la contraloría no va dirigida a interrumpir el término de caducidad del proceso de responsabilidad fiscal, pues la caducidad se suspende con el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal (art. 9 inc. 1 Ley 610 de 2000), lo que si se logra interrumpir con esta actuación es la prescripción de la responsabilidad fiscal cuyo término es de cinco años, contados a partir del auto de apertura de responsabilidad fiscal según prescripción del inciso segundo de la misma norma.

## **6. Caducidad y prescripción de carácter fiscal.**

El fenómeno de la caducidad y la prescripción, propias del derecho procesal, implican que el paso del tiempo tendrá efectos en las relaciones jurídicas. En efecto, la caducidad es reconocida como *“un plazo acordado por la ley, por la convención o por la autoridad judicial, para el ejercicio de una acción de un derecho”*.

La caducidad, esta orientada a determinar el plazo con el que cuenta los sujetos de derecho para ejercerlo, el cual es determinado por la ley. Según interpretación de la Sala de Consulta Y servicio Civil del Concejo de Estado, *“El término de caducidad es de orden público. Dispuesto por la ley, se cumple inexorablemente y no puede ser suspendido, renunciado o prorrogado por voluntad particular”*.

De conformidad con lo dicho por el Concejo de Estado, la caducidad es una figura que opera de pleno derecho, y en caso de presentarse debe ser declarada sin necesidad de alegación de parte, de manera oficiosa por órgano de investigación fiscal. Así mismo, vale decir que su carácter de orden público impide que este término pueda ser suspendido o interrumpido por alguna circunstancia.

En fallo de tutela, la Corte constitucional expreso, que el fenómeno jurídico de la caducidad surge como consecuencia de la inactividad de los interesados para obtener por los medios jurídicos, la defensa y protección de los derechos afectados por un acto, hecho, omisión u operación administrativa, dentro de los términos fijados en la ley.

La ocurrencia de la caducidad de una acción implica, por consiguiente, la extinción del derecho a la acción por la expiración del término fijado en la ley para ejercerla. Plazo que constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad

jurídica y de la prevalencia del interés general.

Adicionalmente, en tratándose de procesos cuya titularidad de la acción la ostenta el Estado, la caducidad opera en un sentido garantista, toda vez que establece seguridad sobre el tiempo dentro del cual las contralorías puede adelantarle el proceso de manera válida y a la vez, estableciéndole una sanción representada en la imposibilidad para las contralorías de ejercer acción fiscal.

Respecto al proceso de responsabilidad fiscal, el artículo 9º de la Ley 610 de 2000, estableció que el término de la acción fiscal caduca si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Al respecto debe indicarse que según esta disposición hay que entender que la indagación preliminar no interrumpe el término de caducidad, pues bien la norma aclara que sólo la formulación del auto de apertura de responsabilidad fiscal puede interrumpir este término.

Tal como lo expresamos anteriormente, es a partir de este auto en que inicia el proceso de responsabilidad fiscal, pues la misma ley ha dispuesto que la indagación preliminar no es de carácter obligatorio y sólo procede para los eventos y fines señalados por el artículo 39 de la misma norma.

Igualmente, la norma establece con claridad desde que momento empieza a computarse el término de cinco años para que la Contraloría pierda la facultad de adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, que a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas de responsabilidad, en donde el daño es ocasionado, por ejemplo contra la integridad física de una persona, la caducidad de la acción empieza contarse a partir en que el sujeto tuvo

conocimiento de la ocurrencia del daño, la Ley 610 dispuso que empezará a contarse desde la ocurrencia de los hechos constitutivos del daño patrimonial, haciendo aclaración en que, si el daño patrimonial es producto de una conducta instantánea del autor, el término se computará a partir de ese momento, y que en aquellos casos de conductas de tracto sucesivo o complejas la caducidad empezara a configurarse a partir del momento en que se presentó la última conducta atentatoria del patrimonio público.

En cuanto a la prescripción, el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 610 de 2000, establece que la *“La responsabilidad fiscal prescribirá en cinco (5) años, contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de dicho término no se ha dictado providencia en firme que la declare”*. Como es obvio la prescripción consagrada en esta norma es de carácter extintiva que le pone término a las acciones procesales de la contraloría en ejercicio de la acción fiscal.

Este término comienza a operar, a partir del día en que se expida en debida forma el auto de apertura de responsabilidad fiscal y durante el transcurso de los cinco años siguientes se debe producir el fallo de fondo (con o sin responsabilidad fiscal), debidamente ejecutoriado.

Que el fallo que pone fin al proceso de responsabilidad fiscal este ejecutoriado, es requisito *sine qua non*, para interrumpir el término de prescripción. De esta manera se requiere que el trámite de ejecutoria se haya culminado, es decir que se hayan resuelto los recursos interpuesto contra el fallo e igualmente sea notificado en debida forma al interesado. Igualmente el término de prescripción, puede ser interrumpido en los eventos previstos en el artículo 13 de la Ley 610 de 2000 y al cual ya hemos hecho referencia.

La figura de prescripción, viene entonces a beneficiar al investigado fiscalmente, por tal razón es su responsabilidad alegarla en caso de configurarse el término previsto por la ley, es decir el procesado, que es la persona que resulta beneficiada, es quien ostenta la opción jurídica de reclamar la prescripción. Pero puede suceder que el procesado en defensa de su buen nombre renuncie expresamente el término de prescripción, a fin de obtener un fallo de fondo que lo declara no responsable fiscal.

Sobre la institución de la prescripción la Corte Constitucional ha expresado:

*“La prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva -ius puniendi- por el cumplimiento del termino señalado en la ley. Al tiempo que la prescripción constituye una sanción frente a la inactividad de la administración, el fin esencial de la misma, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación, lo que violaría su derecho al debido proceso y el interés de la propia administración a que los procesos disciplinarios concluyan”.*

Otro elemento característico de la figura de la prescripción, radica en la prohibición de ser declarada de oficio por el juez y en nuestro caso por el juzgador fiscal, debe ser alegada por persona diferente al sujeto pasivo de la acción fiscal, como también su prohibición de renunciar antes de la configuración misma de la prescripción. La prescripción es una figura que no opera de pleno derecho, debe ser alegada y declarada. Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional:

*“La prescripción requiere, al contrario de la caducidad, alegación de parte y, en tal virtud, no puede ser declarada de oficio por el juez. Además, puede ser objeto de suspensión frente a*

*algunas personas dentro de ciertas circunstancias, a diferencia de la caducidad que no la admite. La prescripción es renunciable una vez ocurrida, mientras que el juez no podría jamás aceptar tal determinación de las partes con relación a la caducidad”.*

La caducidad y la prescripción son instituciones que se encuentran relacionadas pero que son sustancialmente diferentes y sobre este presupuesto podemos establecer las siguientes diferencias a partir de las conclusiones que realiza el tratadista López Blanco:

-En primer término, la caducidad produce la extinción de la acción afirmada en cada caso concreto (nota común a los dos instituciones), y del derecho a impedir que se logre su declaración oficiosa por no presentación oportuna de la petición necesaria para su reconocimiento.

-La caducidad no es susceptible de renuncia; la prescripción extintiva, por el contrario, puede ser renunciada.

-La caducidad, cuando se trata de computar el término respectivo, no se fija en la noción de exigibilidad de la obligación, como sí ocurre respecto de la prescripción, sino en la ocurrencia del hecho previsto en la ley o contrato, para que empiece el inexorable curso del plazo.

-La caducidad no admite suspensión de términos y sólo puede ser interrumpido el término con la presentación de la demanda o para el caso que estudiamos en esta obra con el *auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal*.

-La prescripción extintiva siempre debe ser alegada.

-La prescripción extintiva no permite al juez rechazar de plano la demanda, en tanto que la caducidad sí faculta a la contraloría de abstenerse de adelantar el proceso de responsabilidad fiscal.

-La prescripción extintiva pone fin a la acción afirmada en concreto respecto de determinada pretensión, en tanto que la caducidad extingue el derecho y en este caso no se convierte en obligación natural, como sucede con la prescripción extintiva.

-Los plazos de caducidad pueden establecerse por ley o excepcionalmente por los contratantes, en tanto que los de prescripción solamente los la ley.

Las consecuencias prácticas son importantes por el diverso tratamiento que tiene uno y otro fenómeno, de manera especial en lo que respecta a la posibilidad de declarar de oficio la caducidad y el deber de alegar la prescripción. De ahí que es necesario establecer si un plazo es de prescripción o de caducidad.

Por último, sobre el tema de la caducidad y prescripción de la acción fiscal como mecanismo resarcitorio del patrimonio público, es del caso comentar que en el evento de presentarse y ser declarado uno de estos fenómenos, la ley prevé la posibilidad que se pueda resarcir el patrimonio público mediante la constitución en parte civil de las entidades afectadas o por parte de las propias contralorías o la posibilidad de acudir a las acciones constitucionales que resulten procedente en defensa de los intereses patrimoniales del Estado, como bien se verá más adelante.



## **7. Régimen legal de impedimentos, recusaciones y conflictos de intereses.**

El régimen de impedimentos y recusaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, está dirigido a garantizar la imparcialidad, buena fe, lealtad procesal e idoneidad del funcionario encargado de adelantar dicho proceso; de tal modo que la acción fiscal se adelante con pleno equilibrio de todos los intervinientes, evitando así que elementos de orden subjetivo condicionen la conducta del funcionario llegando a incidir en el fallo que defina el asunto.

La recusación es *“el procedimiento por el cual el litigante le pide a tal o cual magistrado que se abstenga de actuar, porque tiene razones para sospechar de su parcialidad respecto de él, la recusación puede determinar la remisión del asunto ante otro tribunal”*. Su propósito ha sido distinguido por la Corte como el de asegurar la imparcialidad del juez, quien debe marginarse del proceso del cual viene conociendo cuando se configura, en su caso específico, alguna de las causas taxativamente señaladas en la ley. Esa imparcialidad se asegura cuando se deja en cabeza de funcionarios distintos -el que siga en turno al que se declara impedido o es recusado, o el del lugar más cercano, según la circunstancia (art. 105 Código de Procedimiento Penal), o los otros miembros de la sala o corporación en el caso de jueces colegiados- la definición acerca de si deben prosperar el impedimento invocado por el juez o la recusación presentada contra él. No estima la Corte que tal disposición -se repite que en lo relativo a recusaciones contra quien debe desatar la controversia que de lugar al incidente- vulnere el derecho a la igualdad entre las partes, por cuanto el incidente de recusación no dirime un conflicto entre ellas sino que resuelve acerca de la situación del juez dentro del proceso, justamente para garantizar su imparcialidad. No hay, por tanto, hipótesis susceptibles de comparación que permitan suponer que se discrimina o prefiere a alguna de las partes.

Los impedimentos y las recusaciones, son figuras jurídicas que se relacionan en su finalidad de garantizar el debido proceso, pero que son diferentes en cuanto la recusación es alegada por el encartado o su defensor hacia el funcionario que adelanta la acción fiscal, mientras que el impedimento debe ser declarado por este funcionario una vez se entere de la existencia de una de estas causales.

Los impedimentos y recusaciones como régimen jurídico, establece condiciones negativas para adelantar cualquier procedimiento, sea administrativo, jurisdiccional, legislativo o de control, y por tal, su regulación compete únicamente al congreso de la República, es de reserva legal, mediante el cual se han establecido causales de orden taxativo y para su aplicación los funcionarios deben interpretarlas de modo restrictivo, quedando prohibido las analogías o extensiones de sus causales.

Así mismo, tanto el impedimento como la recusación requieren de motivación, explicando claramente las razones de su alegación. El código de procedimiento civil establece en el artículo 152 que la recusación debe ser propuesta “*con expresión de la causal alegada, de los hechos en que se fundamente y de las pruebas que se pretenda hacer valer*”, igual para los impedimentos en el artículo 149 expresa que el funcionario correspondiente, “*deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella, expresando los hechos en que se fundamenta*”. Las primeras, porque resulta injusto y desleal tachar al funcionario delegado para adelantar la acción fiscal de estar parcializado y no ser idóneo, sin motivar y probar las razones cualquiera sean, evitando recusaciones temerarias o sugestivas; la motivación de los impedimentos, para evitar que el implicado sea tratado en curso del proceso con arbitrariedad o que los funcionarios se negaran a cumplir con su funciones alegando cualquier motivo no tipificado por la ley, que bien puede ser insignificante.

Antes de abordar el estudio de estas causales, advertimos que las causales de recusación son idénticas a las causales tipificadas para los impedimentos, lo que cambia, como ya se dijo, es la parte que las alega. En ese sentido el artículo 149 del C.P.C. establece “*Los magistrados, jueces y conjueces en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de ella*” y del mismo modo, la Ley 610 en el artículo 33 estableció casi manera idéntica, que “*los servidores públicos que conozcan de procesos de responsabilidad fiscal en quienes concurra alguna causal de recusación, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de la misma*”.

Sobre las causales de impedimentos y recusaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, la Ley 610 de 2000, el artículo 34, reformado por el artículo 113 de la Ley 1474 de 2011 estableció que las causales impedimentos y recusación son las mismas establecidas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 11.

#### **8. Régimen de nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal y su saneamiento.**

La consagración de un régimen procesal de nulidades en el ordenamiento jurídico colombiano, se sustenta desde la carta constitucional consagrande en el artículo 29 el derecho al debido proceso, aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Seguidamente en el inciso segundo de la misma disposición dispone que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas de cada juicio*”.

Los principios generales que orientan un estado social de derecho, como el colombiano, solo se satisfacen cuando se cumplen los preceptos señalados por la ley y mucho más

cuando esos preceptos son de contenido o interés general, como lo son las normas de derecho procesal. Hilado a nuestra interpretación, podemos decir que se encuentra consagrado el principio del debido proceso, al que hemos hecho alusión, que sólo se satisface cuando se respetan los procedimientos señalados por las normas para cada proceso; es decir cuando el presunto responsable fiscal expone su defensa, es juzgado por el funcionario competente, conforme a las normas vigentes que rigen el proceso de responsabilidad fiscal y con la observancia plena de la forma como se adelantan estos procesos.

Sobre lo anterior, expresa la Corte Constitucional, *“Las nulidades consisten en la ineficacia de los actos procesales que se han realizado con violación de los requisitos que la ley ha instituido para la validez de los mismos; y a través de ellas se controla la regularidad de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso”*.

Para garantizar este principio consagrado como derecho fundamental, se han tipificados en los distintos ordenamientos procesales, causales que generan invalidez de las actuaciones de carácter procesal considerados como defectos que impiden que exista un debido proceso. Las nulidades procesales, por consiguiente son de reserva legal, tal como se advirtió respecto de los impedimentos y recusaciones y por consiguiente su más importante característica es la consagración de unas causales de nulidad en forma taxativa y la facultad de que puede ser allegadas en cualquier etapa del proceso y hasta antes del fallo definitivo que coloque fin al proceso de responsabilidad fiscal.

#### **8.1. De las nulidades en particular y su saneamiento dentro del proceso de responsabilidad fiscal.**

Para el proceso de responsabilidad fiscal, se ha establecido su propio régimen de nulidades

contenido igualmente en el estatuto de responsabilidad fiscal. Los artículos 36 a 38 de la Ley 610 de 2000, regulan la aplicación de esta figura en el juicio fiscal. Estas nulidades se caracterizan porque son absolutas y deben ser declaradas de oficio una vez se advierta la existencia de una de ellas, según previsión del artículo 37. De esta manera, el artículo 36, establece como motivos para declarar la invalidez de una actuación las siguientes:

Falta de competencia del funcionario para conocer y fallar: esta es una causal de nulidad objetiva y su comprobación está llamada a determinar la competencia que tiene la Contraloría y sus funcionarios para adelantar el proceso. Una vez se evidencia la existencia de esta causal debe ser declarada por el funcionario que adelantaba la actuación. Para la aplicación de esta nulidad en el Distrito Capital, deben tenerse en cuenta las normas que le establecen las competencias para adelantar la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal. De esta manera tenemos que el Acuerdo del Concejo de Bogotá D.C. 361 del 6 de enero de 2009, *"por el cual se organiza la Contraloría de Bogotá, D. C., se determinan las funciones por dependencias, se fijan los principios generales inherentes a su organización y funcionamiento y se dictan otras disposiciones"* y la resolución reglamentaria 022 del 19 de agosto de 2004, *"Por la cual se asignan unas competencias para el trámite de los procesos de Responsabilidad Fiscal, se regula el reparto de expedientes y se dictan otras disposiciones"*. Sobre su saneamiento, esta causal no admite tal circunstancia y sólo, *"Aplicando los principios mencionados, el numeral 5 del artículo 144, el cual determina que todas las nulidades originadas en la falta de competencia se sanearán cuando no se hayan alegado como excepción previa. Esto, con la única excepción de la falta de competencia funcional. En concordancia con esta norma, dispone el artículo 100 que los hechos que configuran excepciones previas (como la competencia), no podrán ser alegados como causales de nulidad por el demandante, ni por el demandado que*

*tuvo la oportunidad de proponer dichas excepciones, salvo cuando la nulidad sea insanable. En lo que tiene que ver con la competencia, se considera que el demandado que no propuso la excepción previa de falta de competencia, prorroga ésta, lo cual no implica vulneración del derecho de defensa.*

*Por el contrario, la nulidad originada en la falta de competencia funcional o en la falta de jurisdicción no es saneable. ¿Por qué? Porque siendo la competencia funcional la atribución de funciones diferentes a jueces de distintos grados, dentro de un mismo proceso, como se ha dicho (primera y segunda instancia, casación, revisión, etc.), el efecto de su falta conduce casi necesariamente a la violación del derecho de defensa, o a atribuir a un juez funciones extrañas a las que la ley procesal le ha señalado. Piénsese, por ejemplo, en tramitar un recurso de casación ante un tribunal superior: es claro que esto atentaría contra la misma organización de la administración de justicia y violaría el debido proceso”.*

Violación del Derecho de Defensa del Implicado, o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso: estas causales otorgan un amplio margen al funcionario en el sentido de verificar las condiciones reales de vulneración o irregularidad del debido proceso. Sobre el particular la Corte Constitucional advirtió:

*“El derecho al debido proceso o debido proceso sustancial se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses de los sujetos procesales. De un lado está el interés de asegurar el derecho de defensa y contradicción del inculpado y garantizar la presunción sobre su inocencia, de otro merecen también tutela los derechos o intereses públicos o privados que se ven lesionados por la comisión de los delitos, a la par que es necesario permitir el esclarecimiento de la verdad real. Algunos de los derechos sustanciales tutelados por las normas superiores relativas al*

*debido proceso son prevalentes por su misma naturaleza. Tal el derecho a no ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, o el principio de favorabilidad, los cuales no admiten limitaciones. Otros derechos, en cambio, y tal es el caso del derecho de defensa y de contradicción, pueden verse limitados para garantizar intereses legítimos alternos, siempre y cuando su núcleo esencial no resulte desconocido, y las limitaciones establecidas sean razonables y proporcionadas.*

*En efecto, una posición según la cual no fuera legítimo limitar el derecho de defensa, llevaría a extremos en los cuales se haría imposible adelantar el proceso para llegar al fin último comentado de esclarecer la verdad real, y haría nugatorio el derecho también superior a un debido proceso “sin dilaciones injustificadas” (C.P art. 29). Así por ejemplo, si al inculcado hubiera de oírsele cuantas veces quisiera, o si fuera necesario practicar todo tipo de pruebas sin consideración a su conducencia o pertinencia, el trámite se haría excesivamente dilatado y no se realizaría tampoco el principio de celeridad al que se refiere al artículo 228 superior cuando indica que los términos procesales deben ser observados con diligencia”.*

Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento. No puede invocar la nulidad el sujeto procesal que haya coadyuvado, con su conducta, a la ejecución del acto irregular, salvo que se trate de la falta de defensa técnica. Los actos irregulares pueden convalidarse con el consentimiento del perjudicado, siempre que se observen las garantías constitucionales. Sólo puede decretarse cuando no exista otro medio procesal para subsanar la irregularidad sustancial.

La ley igualmente ha previsto, un término dentro del proceso como oportunidad para proponer nulidades por parte del implicado o de los terceros dentro del proceso. Bajo esa

concepción, el artículo 38 del mismo marco legislativo al que nos hemos venido refiriendo en este capítulo, establece que las causales de nulidad *“Podrán proponerse causales de nulidad hasta antes de proferirse el fallo definitivo...”*. Las nulidades parcial o total se decidirán mediante auto, que se notifica personalmente y admite los recursos de reposición o apelación. Si la nulidad es total, la apelación se concede en el efecto suspensivo. Si la nulidad es parcial la apelación se concede en efecto diferido.

## **9. Régimen probatorio del proceso de responsabilidad fiscal – Pruebas Fiscales.**

Las contralorías para desempeñar su función de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal y en consecuencia proceder a la declaración o no de la responsabilidad fiscal de los gestores fiscales, deben tratar de llegar a la verdad, lo cual se logra mediante los medios de prueba; pues toda providencia dictada dentro de los procesos de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso, tal como se establece el código de procedimiento civil, en su artículo 174, y el código de procedimiento penal, en el artículo 372, en desarrollo de artículo 29 – debido proceso- de la Constitución Nacional.

Con la prueba, entonces, se pretende llegar a la demostración de la conducta y la forma modal y circunstancial del hecho dañino al patrimonio público, y de todos los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal, para que de esta manera se obtenga un pronunciamiento derivado de la certeza del daño al patrimonio público y de la responsabilidad fiscal del inculpado.

En materia de responsabilidad fiscal existe gran libertad en los medios probatorios, razón por la cual el capítulo dedicado a ello por la ley 610 de 2000, son reglas mínimas que



deben ser integradas con las disposiciones del Código Contencioso administrativo, del Procedimiento civil y procedimiento penal. De esta manera, tenemos que en el transcurso del proceso de responsabilidad fiscal podemos utilizar como medios de prueba, el testimonio, el juramento, la declaración de parte, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualquier otro que se útil para obtener el convencimiento del fallador.

La prueba es el fundamento esencial de todo proceso, de modo que es el elemento determinante para que los sujetos de control fiscal puedan hacer efectivos sus derechos, al tiempo que se establece en el medio eficaz de las contralorías para establecer los hallazgos en el proceso auditor, determinar la existencia una conducta lesivas al patrimonio público y la responsabilidad que se derive imponiendo las sanciones a que halla lugar. Sin la prueba, las contralorías, no pueden adelantar los procesos de responsabilidad fiscal; sin ella las contralorías no pueden cumplir con la misión de velar por la protección del patrimonio del Estado, sin la prueba las contralorías entrarán en una flagrante violación del estado de derecho.

Es así como la prueba encuentra su trascendencia, no solo para el derecho sino mucho más allá, la prueba sirve como verificación de todas las conductas humanas; de esta manera, *“la prueba sirve, con prescindencia o abstracción del conflicto ante los estrados judiciales, para comprobar las situaciones fácticas (entendidas éstas en un sentido amplio) que se presentan en la vida cotidiana particular, en las relaciones ordinarias familiares, económicas, comerciales, laborales y sociales en general”*.

Conforme lo anterior, el jurista Jorge Tirado Hernández, expone que la prueba tiene dos funciones: *“una jurídica, restrictiva, cuando un parte o persona la aduce como elemento de convicción*

*ante un juez en un proceso. Y una función social, general, de verificación o comprobación de los diferentes hechos que se suceden en la sociedad”, con fin de establecer diferencia entre la prueba judicial y el derecho probatorio.*

*“las pruebas judiciales, en sentido formal, están integradas por un conjunto de reglas de procedimiento, que por lo general se encuentran en los códigos procesales, que regulan los ritos atinentes a las investigaciones e indagaciones, aseguramiento y cadena de custodia, admisión y decreto, práctica e incorporación, asunción y valoración, de los distintos medios de prueba empleados en un proceso para llevar al juez certeza en lo referente a la existencia o inexistencia de los hechos”.*

*“En cambio, el derecho probatorio, según nos lo enseña el maestro ANTONIO ROCHA, es un concepto más amplio, que involucra la noción de pruebas judiciales y que se refiere a la prueba en todo el ámbito de verificación social de los hechos y de las conductas humanas, es decir, -la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal-, o si se quiere, judicial o extrajudicial”.*

Es de esta manera, como las pruebas fiscales, es decir las pruebas recaudas en virtud de todos los proceso adelantados por las contralorías en virtud de la vigilancia fiscal entiéndase auditorías, procesos de responsabilidad fiscal, procesos administrativos sancionatorios de naturaleza fiscal, deben incorporarse conforme las reglas de cada proceso en particular; pues como lo hemos venido anotando, el derecho probatorio encuentra notables diferencias con las pruebas procesales. Ya que, *“las pruebas judiciales, en sentido estricto, son los hechos mismos fijados o involucrados en el proceso, o, como se acostumbra a decir, los elementos de convicción que se aportan al proceso judicial con el fin de demostrar su existencia, creando la correspondiente certeza en el juzgador”.*

Conforme lo anterior, las contralorías en la práctica de las pruebas fiscales deben respetar las formas propias de cada procedimiento y en ese entendido, por ejemplo, en el desarrollo de la auditoría en una entidad, los funcionarios de las contralorías no pueden practicar o aportar informes suministrados por terceros ajenos a la entidad auditada, pues el proceso auditor exige que se promueva una efectiva comunicación con el sujeto de control en tiempo real y por tanto, los informes que se soliciten en desarrollo de una auditoría v. gr., a un contratista sobre el desarrollo de un contrato no puede ser tenida como prueba para estructurar hallazgos, pues, resulta violatoria del debido proceso y de los principios de la auditoría al tiempo que los funcionarios de contraloría podrían ser responsables por extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Estos informes no pueden ser prueba dentro de un proceso auditor, toda vez, que estas pruebas se basan en la obligación de rendir cuentas y los contratistas de la administración no tienen esta obligación dentro del marco del proceso auditor. Según la contraloría General de la República, de acuerdo con lo consignado en la guía ardite 3.0 *“auditoria gubernamental con enfoque integral”*, rendir cuentas *“es el deber legal y ético que tiene todo funcionario o persona de responder e informar por el uso, administración y rendimiento de los recursos públicos asignados para el cumplimiento del mandato que le ha sido conferido.*

*Esta obligación de rendir cuenta y esa capacidad de asumir la responsabilidad, presumen la existencia de por lo menos dos partes: una que asigna la responsabilidad y otra que la acepta y se compromete a informar sobre su gestión.*

*Quien asigna la responsabilidad es la sociedad civil y quien la acepta y se compromete a responder e informar sobre los resultados de esta asignación es el Estado mismo como gestor, representado en el presidente, ministros, directores y gerentes de entidades públicas, entre otros.*

*El responsable de una organización estatal debe tener autonomía para desarrollar la gestión encomendada y para adoptar medidas necesarias de redireccionamiento de recursos, actuando siempre dentro de unos límites tolerables y normativos, sin que deba necesariamente consultar niveles superiores”.* (Subrayado y negrilla es nuestro).

Por tanto entonces. los informes y pruebas que se obtengan mediante un tercero ajeno a la administración, no tienen consecuencia jurídica dentro proceso auditor a efectos de estructurar los respectivos hallazgos, mientras que los informes rendidos por la propia administración en donde se definen su alcance y su propósito tiene el carácter prueba procesal. En conclusión, distinguiendo de lo anterior, los conceptos e implicaciones de prueba social y prueba procesal, que según TIRADO HERNÁNDEZ, en el primer caso, la prueba está destinada a convencer a un particular cualquiera, y en el segundo se dirige a darle convicción a un juez, y, por lo demás, la prueba en su sentido eminentemente social, no tiene un valor determinado por la ley; en cambio, la judicial o procesal, o tiene una valoración previamente asignada por el legislador (tarifa legal), o la tendrá según el criterio razonado por el juez (sana criterio).

### **9.1. Principios y reglas técnicas de la prueba en el proceso de responsabilidad fiscal.**

La distinción entre principio y regla técnica ya la habíamos abordado en este capítulo a partir de las interpretaciones hechos por el tratadista Hernán Fabio López Blanco, pero en cuanto a la prueba y en general al proceso podemos decir que aplicamos en todo proceso los siguientes principios que ya habíamos enunciado y las reglas que aquí se mencionan:

**-Eventualidad o Preclusión:** En el proceso, incluida la práctica de las pruebas, debe

desenvolverse cumplimiento con los términos y oportunidades precisas que señala la ley, con el objeto de brindar garantías, seriedad y seguridad jurídica al proceso. Al respecto, el artículo 32 de la Ley 610 de 2000, establece “El investigado podrá controvertir las pruebas a partir de la exposición espontánea en la indagación preliminar, o a partir de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal”.

**-Publicidad y Contradicción:** De conformidad con este principio, es obligación correr traslado de las actuaciones procesales de las mismas y las decisiones del juez con el objeto de poder controvertirlas en ejercicio de su derecho de defensa y poder interponer recurso en contra de las mismas, siendo indispensable por poder llegar a la verdad dentro del proceso. Esta regla de la publicidad tiene restricciones para la etapa de investigación.

**-Igualdad Probatoria:** En virtud del principio de igualdad, todas las personas tienen la potestad de ejecutar sus derechos en las mismas condiciones y oportunidades, sin ninguna consideración especial. Por tal razón, las decisiones disímiles en casos iguales deben estar sustentadas por el juzgador en la motivación de la providencia.

**-Lealtad o Moralidad:** Quiere decir, que en toda la actuación del proceso de responsabilidad fiscal, las personas que intervienen en él a cualquier título deben comportarse con arreglo a la buena fe, entendida como la exigencia de un comportamiento correcto en las relaciones sociales.

**-Imparcialidad:** El funcionario competente, debe tomar en consideración para proferir sus decisiones dentro del proceso, únicamente la valoración objetiva de las pruebas recaudadas con base en los hechos pertinentes que fueron alegados, confrontándolos con la norma jurídica aplicables al caso, sin tomar partido nunca hacia una parte o desconocer la presunción de inocencia.

**-Celeridad:** La celeridad en el proceso de responsabilidad fiscal, y en general en todos los procesos, implica que las actuaciones de todos los intervinientes en el proceso deben surtirse sin más dilaciones que los mismos términos establecido por la ley para cada etapa en procura de la resolución pronta de la situación jurídica discutida.

En cuanto a las reglas técnicas que se deben seguir en el transcurso del proceso y que por su puesto son aplicable en materia probatoria, tenemos las siguiente: la regla dispositivo e inquisitiva a la que ya hemos hecho alusión y por consiguiente no trataremos en este aparte, la regla de inmediación y mediación, la regla de escritura y moralidad y la regla técnica de la conciliación

**-Inmediación y Mediación:** En el proceso de responsabilidad fiscal opera como regla general la denominada *inmediación probatoria*. La inmediación se encuentra consagrada en el artículo 181 del CPC. y consiste en la necesidad, de que el juez sea quien practique y valore directamente las pruebas. Sin embargo la Ley 610, también prescribe de manera excepcional la delegación o la comisión a otro funcionario idóneo la practica de las pruebas (art. 27, ley 610 de 2000), sin perder el funcionario de conocimiento la facultad para la valoración del acervo probatorio y la toma de la decisión final.

**-Escritura y Moralidad:** La primera de estas reglas, busca que las actuaciones del proceso se desarrollen principalmente por escrito y la segunda a implementar audiencias orales y que se deje constancia escrita únicamente de los aspectos más destacados de lo ocurrido.

Muchas son las observaciones que se formulan a una y otra, porque mientras se arguye que la moralidad contribuye para la agilización de los procesos, se contra-argumenta que se presta a decisiones erróneas debido a la poca posibilidad de

estudiar adecuadamente la prueba; se anota que el proceso escrito prolonga innecesariamente el trámite y da lugar a decisiones superfluas, pero se reconoce que permite conservar y consultar de manera más expedita la historia del proceso, facilitar su reconstrucción en caso de extravío o destrucción y permitir el traslado de la prueba para otras actuaciones.

Con la oralidad, no se puede olvidar que el proceso de responsabilidad fiscal es por excelencia escrito, sólo que por la naturaleza de ciertas audiencias se puede agilizar aspectos tales como, la interposición de recursos y las notificaciones, además de que se evitan dilaciones por los abogados, pero lo anterior no evita ni excluye la regla de la escritura.

**-La Conciliación:** La conciliación en el proceso de responsabilidad fiscal tiene connotaciones distantes a la de los demás procesos, pero en la práctica me atrevo a decir que esta regla tiene plena aplicación en este tipo de proceso; de tal manera si el inculpado del detrimento patrimonial al estado. En principio es claro, que por ser objeto de este proceso el resarcimiento del patrimonio público, no es posible que se concilie o no la cuantía del daño una vez esta se halle probada dentro del proceso, pro lo que si se admite en aras del principio de celeridad procurando llegar al fin del litigio promoviendo la solución alternativo de conflicto, el totalmente admisible en el implicado se allane a resarcir el daño causado al patrimonio público, y una vez se halla verificada del evento, se procedería a aplicar una causal de cesación de la acción civil que culminaría con el proceso.

**-Comunidad de la prueba:** esta regla se refiere a que una vez las prueba hayan sido legalmente aportada l proceso, formaran parte del proceso y no es admisible que

el implicado o la contraloría desista de ellas. Pero debe tenerse en cuenta, que la regla sólo se refiere a las pruebas prácticas e incorporadas al expediente y no a aquellas que sólo solicitado, por que en este evento el interesado puede desistir de su práctica.

## **9.2. De la Conducencia, Pertinencia y la Licitud de la Prueba Fiscal.**

Además de las reglas de la prueba estudiadas anteriormente, encontramos otras reglas que regulan la admisibilidad o no las pruebas, de suerte que el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, establece que *“las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas”*, de modo tal, que para que se pueda admitir una prueba, es necesario que estas sean pertinentes, conducentes, lícitas y eficaces. Estas características, se encuentran relacionadas con el decreto o el rechazo de la prueba; para tal fin, el funcionario debe analizar ciertos aspectos para determinar si la prueba cumple o no con los requisitos necesarios para ser tenida en cuenta dentro del proceso fiscal. En tal sentido el artículo 24 de la ley 610 preceptúa que “El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las pruebas solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación”.

**-Conducencia de la prueba:** se encuentra dirigida a que el medio de prueba utilizado para demostrar el hecho se ciña al asunto del proceso; es decir, que la finalidad de la prueba debe ser la de dar certeza al funcionario sobre la existencia o la inexistencia de un elemento típico de la responsabilidad fiscal. De ahí que el artículo 23 de la ley 610, establezca como obligación que el fallo con responsabilidad fiscal sólo proceda cuando obre prueba que



conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

**-Pertinencia:** Para hacer una clara distinción entre la figura anterior, debe tenerse en cuenta que lo que se califica como pertinente o impertinente son los hechos. Entonces debemos precisar los siguientes dos eventos: el primero, sería aquellos hechos susceptibles de ser probados o que requieran ser probados; y el segundo, que los hechos que se pretendan probar tengan que ver con el tema que requiere probar el proceso particular de la responsabilidad fiscal establecer con certeza si determinado gestor fiscal produjo o no un daño patrimonial.

*“La prueba es pertinente o relevante cuando tiene por objeto un hecho que guarde relación directa o indirecta, inmediata o mediata, con el asunto materia de proceso. O sea, que para que haya pertinencia se requiera que exista una relación de causalidad entre la prueba, el hecho y el asunto materia del proceso. Y en sentido contrario, la prueba es impertinente o irrelevante cuando recae sobre hechos que no tienen relación alguna con el asunto materia del proceso y que, aún probados a satisfacción, no incidirán de ninguna manera en esa decisión, como lo señala el maestro Antonio Rocha Alvira”.*

De la debida aplicación de estos dos conceptos; es decir de la elección adecuada del medio de prueba y de la pertinencia de los hechos probados obtendremos la eficacia de la prueba, para que se produzca de manera inmediata el convencimiento del funcionario de la existencia o no de unos hechos.

**-Licitud:** De conformidad con el artículo 29 de la C.P., 175, 178 del C.P.C., 372,374, 375, 376, 377 y 378 del C.P.P y 22 a 32 de la ley 610 de 2000), no se podrán valorar las pruebas que se obtiene con violación a los derechos fundamentales y serán declaradas nulas de pleno derecho sin otorgarle ningún valor probatorio.

Alrededor de lo dicho, se pueden presentar dos eventos: los que defiendan la admisibilidad de la prueba ilícita en defensa de la verdad real y del patrimonio público, claro esta, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir que halla violado las garantías fundamentales: y por otro lado aquellos que defendemos el estado de derecho y el debido proceso, no admitiendo las pruebas ilícitas.

Pero el problema que se ha logrado decantar por la doctrina y la jurisprudencia es otro mas complejo, consistente en determinar si se debe o no valorar aquella prueba que es consecuencia de una ilícita pero que en sí misma es lícita. Al respecto, queremos citar la jurisprudencia constitucional en su interpretación de lo que conocemos como regla de exclusión consagrada en el inciso final del artículo 29 constitucional.

Como ya lo advertimos, la Corte constitucional al interpretar esta norma dispuso:

*De la vía de hecho por defecto fáctico por valorar una prueba viciada. Consideraciones sobre la regla de exclusión en materia probatoria*

*Pasa la Corte a analizar si hubo o no violación del debido proceso al haber sido proferidas una resolución de acusación y una sentencia condenatoria en un proceso penal iniciado a partir de una noticia periodística que divulgó una grabación ilícitamente obtenida por personas desconocidas. Con el fin de resolver este problema, la Corte procederá, de la siguiente manera. En primer lugar, (i.) precisará cuál es la regla constitucional sobre exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, así como las condiciones constitucionales para la aplicación de la regla de exclusión, para lo cual se referirá al tenor literal de la norma, a la discusión hecha en la Asamblea Constituyente sobre el inciso final del artículo 29 Superior y aludirá, brevemente,*

*a las alternativas de tratamiento de la regla de exclusión en distintos sistemas jurídicos. En segundo lugar, (ii.) examinará si las actuaciones y el procedimiento seguido por la Fiscalía General de la Nación y por la Corte Suprema de Justicia se ajustaron a la regla constitucional sobre exclusión de pruebas.*

*Los elementos de la regla general constitucional de exclusión. Análisis del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política.*

*El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*

*El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso. Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal, por ahora parcial, de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de procedimiento penal y civil, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas. Esta regla constitucional contiene dos elementos:*

*Las fuentes de exclusión. El artículo 29 señala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones*

*ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado. En cuanto al debido proceso, el legislador ha consagrado condiciones particulares para la práctica de pruebas y requisitos sustanciales específicos para cada tipo de prueba, cuyo cumplimiento debe ser examinado por el funcionario judicial al momento de evaluar si una determinada prueba es o no ilícita.*

*La sanción. Según la norma constitucional citada, la prueba obtenida de esa manera es nula de pleno derecho. El desarrollo que el legislador penal le ha dado a dicha disposición ha sido el de señalar como consecuencias de la obtención de pruebas contrarias al debido proceso o violatorias de los derechos fundamentales, el rechazo de la prueba (artículo 250, Decreto 2700 de 1991) y su exclusión del acervo probatorio por invalidez (artículos 304 y 308, Decreto 2700 de 1991). Uno de los mecanismos de exclusión es el previsto en el artículo 250, Decreto 2700 de 1991, que establece que el funcionario judicial rechazará mediante providencia las legalmente prohibidas o ineficaces. En este sentido también son pertinentes los artículos 161, 246, 247, 254, y 441 del Decreto 2700 de 1991. En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad.*

*Ahora bien: una revisión cuidadosa del origen del artículo 29 Superior revela las consideraciones del constituyente al fijar la regla contenida en el inciso final del artículo 29. El tema de la validez de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales fue tratado en la Comisión Primera y por la Comisión Cuarta de la Asamblea Constituyente.*

*En la Comisión Primera, el tema surgió en dos contextos distintos. Primero, en relación con la prohibición de la tortura, donde se planteó la necesidad de excluir las pruebas así obtenidas y además sancionar a los funcionarios que incurrieran en tales actos. En segundo lugar, el tema se*

*discutió en el contexto de las garantías al debido proceso, pero ya no sólo en relación con las pruebas obtenidas mediante tortura, sino mediante violaciones a los derechos y garantías fundamentales.*

*Durante el debate en la Comisión Primera, la Constituyente Aída Abella propuso que se hiciera mención expresa a la invalidez de las pruebas obtenidas mediante tortura y por ello, propuso la adición de la expresión es nula toda declaración obtenida mediante torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. Posteriormente, la Comisión reabrió la discusión del artículo, oportunidad en la cual el Delegatario Darío Mejía cuestionó el inciso final de la norma propuesta. Para el Delegatario, indicar que una declaración obtenida por tortura es nula, podía ser leído como una aceptación de que ocurra semejante clase de violaciones a las garantías fundamentales, limitándose únicamente su sanción a un juicio sobre su validez probatoria. Ante la posibilidad de dicha interpretación, sugirió una nueva fórmula: es nula toda declaración o prueba obtenida mediante la violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución. El Delegatario Augusto Ramírez Ocampo, miembro de la Comisión Primera y uno de los autores de la versión original del inciso, indicó que el propósito de la norma era el de recoger la garantía contemplada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, debido a la gravedad que ese problema representa para el país, por lo que manifestó su disposición a modificar la redacción propuesta, si con ella se estaba abriendo la posibilidad de interpretar la norma de tal forma que se pudiese admitir, bajo cualquier forma, la tortura. A su juicio ampliar la garantía era una virtud de la sugerencia del Delegatario Mejía. El Delegatario Alberto Zalamea también intervino en el debate y coincidió con su compañero de Comisión en la justificación de la norma, e hizo una mención especial de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura.*

*El inciso, junto con el resto del artículo sobre debido proceso, fue presentado por la Comisión*

*Primera de la Asamblea Constituyente ante la Plenaria de la misma, con ponencia del Delegatario Diego Uribe Vargas, en la que se sostuvo:*

*Del debido Proceso. Tanto la doctrina nacional como la internacional de los autores, como las normas contenidas en tratados públicos y leyes extranjeras, le otorgan lugar preeminente dentro de las garantías individuales a los requisitos procesales mínimos de que deben rodearse a las personas que se encuentren acusadas, y que deban responder ante las autoridades. el que toda prueba obtenida mediante la violación de los derechos y garantías previstos en la Constitución, es nula. Durante las deliberaciones de la Comisión se hizo particular hincapié respecto de aquellos testimonios obtenidos por la tortura o tratos degradantes, que necesariamente deben invalidarlos. Por otra parte, en la Comisión Cuarta, al discutir los principios de la administración de justicia, el tema de la exclusión de pruebas se propuso como una de las garantías procesales, especialmente en materia penal, que debían ser tratadas expresamente en la Constitución Política. El texto aprobado por la Comisión Cuarta contenía una referencia general a la invalidez de pruebas obtenidas ilícitamente, como parte de los principios del derecho penal aprobado por unanimidad en dicha Comisión.*

*En relación con la expresión nula de pleno derecho contenida en el texto del inciso final del artículo 29, ésta fue adicionada durante el primer debate en plenaria. El texto propuesto por la Comisión Primera a la Plenaria, sólo hacía referencia a la expresión nula, la cual, así se entendió, comprendía el término jurídico de la ineficacia. Posteriormente, durante el Primer Debate en Plenaria, se nombró una Comisión Accidental para conciliar los textos propuestos por las Comisiones Primera y Cuarta. El texto aprobado en Primer Debate en Plenaria, adicionó la expresión de pleno derecho.*

*El inciso final del artículo 29, tal y como hoy se encuentra consignado en la Carta Política,*

*fue aprobado el 15 de junio de 1991, en primer debate de la Plenaria de la Asamblea Constituyente. Los delegatarios que introdujeron las modificaciones finales para someterlas a consideración de la Plenaria, las sustentaron de la siguiente manera,*

*Señor Presidente, este artículo es tal vez el más importante de ahí, no es nada original, está en la Constitución actual, está en todas las constituciones de los países civilizados, está en la jurisprudencia, está en la doctrina con el nombre de el debido proceso, eso ya prácticamente lo sabemos de memoria el doctor Zalamea y yo trabajamos sobre unos artículos, con una novedad al final del debido proceso que se refiere a las pruebas que son nulas de pleno derecho, toda prueba obtenida con la violación del debido proceso, de resto es muy similar al artículo correspondiente de la Constitución Nacional, simplemente quitándole o arreglando algunas partes que se consideraban de más o que no estaban con la doctrina actual.*

*El proyecto de artículo fue aprobado por la Plenaria de la Asamblea con cuarenta y cuatro (44) votos afirmativos, ningún voto negativo y ninguna abstención.*

*La historia de la norma muestra, entonces, que la principal preocupación de los delegatarios de la Comisión Primera era evitar que ciertos medios de prueba fueran obtenidos con violación de los derechos fundamentales, en particular a través de la tortura. Su objetivo fue el de incluir en la Carta Política una restricción que disuadiera a los agentes del Estado y a cualquier persona, de recurrir a medios violentos, inhumanos, crueles y degradantes, como métodos para obtener información sobre la comisión de delitos. Sin embargo, tal como se dijo en la Comisión Primera de la Asamblea, ante el temor de abrir paso a una eventual interpretación de la norma, según la cual se pudiese torturar con la única sanción de la validez de la declaración o confesión se prefirió una redacción más genérica en dos sentidos: (i.) la nulidad se genera no sólo cuando hay torturas o tratos inhumanos o degradantes, sino ante cualquier violación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y (ii.) la*

*nulidad no se predicaría sólo de declaraciones, sino también de cualquier otro medio de prueba.*

*La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales.*

*Durante los debates en las Comisiones I y IV y en la Plenaria sólo se trataron este tipo de casos: violaciones graves a las garantías básicas. El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional.*

*También es claro que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica (la prueba) resultado directo e inmediato (obtenida) de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial. Por eso, el ejemplo de la tortura fue el prototipo de la arbitrariedad que se quería dejar sin efectos: cuando del acto de torturar se derive una declaración o confesión, esta prueba ha de ser invalidada sin que ello implique que la única sanción para el torturador sea la nulidad de la declaración o confesión del torturado.*

*La jurisprudencia de esta Corporación ya había abordado algunos de los puntos anteriores manifestándose en el mismo sentido pero ampliando el ámbito del debido proceso a las formalidades legales esenciales. Así, en la sentencia C-491 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) esta Corte indicó que en principio es al legislador a quien corresponde establecer las causales de nulidad de los procesos, en todo o en parte. Dijo en aquella ocasión la Sala,*



*Estima la Corte que se ajusta a los preceptos de la Constitución, porque garantiza el debido proceso, el acceso a la justicia y los derechos procesales de las partes, la expresión "solamente" que emplea el art. 140 del C.P.C., para indicar que en los casos allí previstos es posible declarar la nulidad, previo el trámite incidental correspondiente, pero advirtiendo, que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", esto es, sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta. Por lo tanto, se declarará exequible la expresión demandada, con la referida advertencia" (resaltado fuera del original).*

*En este orden de ideas, la Corte ha indicado, precisamente, que el efecto que se sigue de la declaración de nulidad de una prueba obtenida con desconocimiento del debido proceso constitucional es solamente ese, la nulidad de la prueba. Dijo la Corte en la sentencia C-372 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía),*

*De todas maneras, es preciso advertir que la nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí. En un proceso civil, por ejemplo, si se declara nula una prueba, aún podría dictarse sentencia con base en otras no afectadas por la nulidad. La Corte observa que, en todo caso, la nulidad del artículo 29 debe ser declarada judicialmente dentro del proceso. No tendría sentido el que so pretexto de alegar una nulidad de éstas, se revivieran procesos legalmente terminados, por fuera de la ley procesal (resaltado fuera del original).*

*Así pues, a la cuestión de si la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso afecta o*

*no el proceso, no se puede responder en abstracto. El criterio fijado por la Corte es que la nulidad sólo afecta la prueba, salvo que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes con base en las cuales sea posible dictar sentencia, caso en el cual habría que concluir que la sentencia se fundó solamente, o principalmente, en la prueba que ha debido ser excluida.*

*Se apartan así el texto del artículo 29 y la jurisprudencia constitucional colombiana de lo que podría llamarse la doctrina de la manzana contaminada en el cesto de frutas, según la cual, bastaría con que una de las pruebas que hacen parte del acervo probatorio esté viciada, para que dicha contaminación se extienda al resto de las pruebas, sin importar cual sea su relación con la prueba cuestionada. Para la Corte la conclusión de que la contaminación de una prueba no se comunica necesaria y automáticamente al conjunto del acervo probatorio y, por ende, a todo el proceso se sigue del texto, de la jurisprudencia, de la historia de la norma, así como de una lectura teleológica de la propia Carta Política.*

*La única manera como la Constitución puede proteger a las personas es disuadiendo a los investigadores de violar el debido proceso. La historia de la humanidad ha estado deplorablemente marcada por persecuciones a enemigos políticos, a disidentes, a críticos, a inconformes y a personas que luego terminan siendo identificados como chivos expiatorios. El artículo 29 inciso último busca evitar que la historia se repita.*

*Las condiciones de aplicación de la regla de exclusión constitucional.*

*La sanción constitucional contenida en el inciso final del artículo 29, opera de pleno derecho y cobija a cualquier prueba. Por eso es una regla general. No obstante, su aplicación no es sencilla ni mecánica. Con el fin de determinar cuándo existe una violación del debido proceso que tenga como consecuencia la exclusión de una prueba, es necesario tener en cuenta, al menos, las siguientes tres consideraciones.*

*En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias, o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso penal. La regla general de exclusión, además de disuadir a los investigadores de caer en la tentación de violar el debido proceso, cumple diversas funciones, como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales y, por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.*

*En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.*

*En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho,*

*también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.*

*En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la Carta señala que dicha prueba es nula de pleno derecho, de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que ésta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando éste decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución.*

*La Corte constata que en varias sentencias, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no todo desconocimiento de las formalidades que establece el legislador para el decreto y la práctica de una determinada prueba, hace necesaria su exclusión. Para la Corte Suprema de Justicia, cuando se trata de irregularidades menores, que no afectan la estructura del proceso ni el derecho de*

*defensa, no resulta imperativa su exclusión. También ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que en el evento en que una prueba viciada deba ser excluida del proceso, ello no supone necesariamente la nulidad de todo lo actuado, pues sólo cuando se trata de una prueba esencial, cuya incidencia dentro del proceso o en la decisión sea tal que sin ella no se hubiera llegado a la sentencia condenatoria, procede la anulación de todo lo actuado”*

### **9.3 De los Sistemas de Valoración Probatoria.**

La etapa de valoración de la prueba es la última, mediante la cual el funcionario encargado de adelantar el proceso, después de haber recolectado todas las pruebas debe determinar cual el valor que debe tener cada prueba y el acervo probatorio en general para tomar la decisión.

En ese orden de ideas, el artículo 26 de la ley 610 establece que “las pruebas deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional”. La valoración probatoria es una actividad compleja que debe realizar el funcionario encargado en la providencia frente al acervo probatorio. De tal manera, que si no se hace una adecuada valoración de los medios probatorios se podría incurrir en vía de hecho como bien lo ha expresado la Corte Constitucional.

Al respecto la Corte ha expresado:

*“Importa precisar ahora si de manera excepcional puede configurarse una actuación arbitraria e irregular, carente de todo viso de legalidad, y constitutiva de una vía de hecho cuando el juzgador ante pruebas claras y contundentes, que manifiestamente muestran una realidad objetiva, profiere una providencia contrariando la realidad probatoria del proceso.*

*Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”.*

#### **10. La visita fiscal o visita especial como medio de prueba.**

Dentro de los diferentes medios de pruebas que ya hemos enunciado que son aplicables al proceso de responsabilidad fiscal, encontramos uno en particular que se encarga de regular la Ley 610 de 2000, y que en términos generales, podemos afirmar que corresponde a aquel medio de prueba que el derecho procesal civil denomina inspección judicial.

En efecto el artículo 31 de la Ley 610 de 2000, establece que:

*“En la práctica de visitas especiales, el funcionario investigador procederá a examinar y reconocer los documentos, hechos y demás circunstancias relacionadas con el objeto de la diligencia y simultáneamente irá*

*extendiendo la correspondiente acta, en la cual anotará pormenorizadamente los documentos, hechos o circunstancias examinados y las manifestaciones que bajo la gravedad del juramento hagan sobre ellos las personas que intervengan en la diligencia.*

*Cuando lo estime necesario, el investigador podrá tomar declaraciones juramentadas a las personas que intervengan en la diligencia y solicitar documentos autenticados, según los casos, para incorporarlos al informativo”.*

La práctica de la visita especial consiste en un examen que realiza un funcionario de la contraloría mediante la percepción directa sobre la ocurrencia de los hechos constitutivos del posible daño patrimonial. Es importante resaltar, que bien como lo prevé la norma, en esa diligencia, es posible que los funcionarios reciban declaraciones juramentadas de las personas que intervengan en la diligencia, así como también la posibilidad de solicitar y obtener cualquier documento debidamente autentica si así se requiere.

Pero ahora bien, la visita especial por ser considerado un medio de prueba y el acta que resulte de esta es una prueba perteneciente al proceso, esta debe cumplirse con observancia de los principios de la prueba y de la práctica de la prueba a los cuales ya hemos hecho alusión. De esta manera, tenemos que *“en el modo de pedir, ordenar y practicar las pruebas se exigen ciertos requisitos consagrados en el Código de Procedimiento Civil que constituyen una ordenación legal, una ritualidad de orden público, lo que significa que son reglas imperativas y no supletivas, es decir, son de derecho estricto y de obligatorio acatamiento por el juez y las partes. Por otra parte, el juez como director del proceso, debe garantizar, en aras del derecho de defensa de las partes, los principios generales de la contradicción y publicidad de la prueba, y en este sentido, debe sujetarse a las exigencias consagradas en el procedimiento para cada una de las pruebas que se pidan. Es decir, señalando para cada una en la providencia correspondiente, el día y la hora en que habrán de practicarse, y en fin, cumpliendo con los*

*requisitos exigidos para decretar y practicar cada prueba en particular”.*

Esos requisitos de orden público que rodean la práctica de la prueba, le son totalmente aplicables a la visita especial realizada por los funcionarios de la contraría y en tal caso, no es admisible la práctica de una visita especial sin el previo decreto de la misma dentro del proceso de responsabilidad fiscal y por consiguiente el propio acto de comisión del funcionario encargado de practicarla.

Igualmente, los funcionarios de la contraloría están en la obligación de presentarse e identificarse ante la Entidad a la cual van a realizar la visita, de explicar que carácter tiene la misma y en que etapa del proceso se esta desarrollando. En el evento en que sea necesario recibir declaraciones, igualmente deben informarle tal situación a la persona que está atendiendo la visita especial y que esta, se tendrá como prueba dentro del proceso. Indicarle a la persona que atiende al ente de control que carácter tiene la visita y el de sus declaraciones, le permiten al sujeto de control saber cual va a ser el fin de prueba práctica.

Las anteriores precisiones, no son más que la aplicación de las garantías constituciones de poder conocer y contradecir las pruebas y por consiguiente de la aplicación del derecho de defensa, garantías estas que persiguen salvaguardar las garantías del debido proceso de las personas que se encuentren involucradas por la presunta responsabilidad fiscal.

#### **11. El contrato de seguro y la vinculación de la aseguradora como garante del contratista estatal.**

Desde el punto de vista del negocio jurídico, resulta casi indispensable que las partes con el fin de afianzar el cumplimiento de las obligaciones que surgen en virtud de la relación negocial, establezcan garantías para respaldar los compromisos surgidos del negocio. De tal



manera, que se garantiza el cumplimiento, la calidad, los daños a terceros entre otros.

La administración pública no podía escapar a esta regulación que resulta aplicable al giro de sus negocios para el cumplimiento de los fines que le han sido señalados por la constitución y las leyes; de modo tal, que resulta indispensable que las entidades públicas ejecuten sus recursos y exijan del particular la constitución de garantías que respalden el cumplimiento de lo acordado y garanticen la correcta inversión de los recursos públicos. Pero en la administración pública, no sólo los particulares colaboradores del Estado son tomadores de garantías; también sucede que los servidores públicos y especialmente los Gerentes o Directivos de las entidad públicas amparen la gestión que van a prestar mediante la toma de garantías para los casos en que sean condenados como consecuencia de la acciones fiscales o mediante acciones de reparación directa.

La Corte Constitucional, ha expresado la importancia del régimen de garantías indicando que la actividad contractual, como instrumento establecido para coadyuvar al logro de tales cometidos requiere, dentro de un marco de elemental previsión, la constitución de ciertas garantías que aseguren la cabal ejecución del contrato y, sobre todo, que faciliten, objetiven y viabilicen, mediante la utilización de procedimientos ágiles extrajudiciales, la responsabilidad asumida por el garante que se desenvuelve normalmente en el reconocimiento de los perjuicios que un eventual incumplimiento del contratista pueda afectar la economía contractual de la entidad estatal.

Dentro de esta perspectiva, las normas del estatuto contractual alusivas al régimen de garantías constituyen un medio de protección de los intereses estatales, en cuanto otorgan a las entidades estatales contratantes un instrumento adecuado y efectivo tendiente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los contratistas.

Desde el ámbito del proceso de responsabilidad fiscal, el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, prevé la misma figura del llamamiento en garantía del Código de procedimiento Civil, indicando que Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado. La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

El tercero civilmente responsable al que hace relación esta disposición, es aquella persona que se comprometió a garantizar la indemnización de los daños sufridos por otra persona como consecuencia de la acción de su afianzado, mediante la póliza extendida para amparar el bien o el contrato objeto del proceso.

Dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el llamamiento en garantía lo puede realizar cualquiera de las partes que intervienen en el proceso, tanto el implicado como el funcionario por parte de la Contraloría respectiva. En este último caso, al funcionario competente para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal, debe encargarse de averiguar si existe alguna garantía que ampare al contrato, el bien, el funcionario, al contratista, etc.

Pero en el marco del proceso de responsabilidad, hay que mirar con detenimiento como opera el contrato de seguro con la figura de la vinculación del garante; pues como lo bien lo explica López Blanco, las relaciones jurídicas que ligan a demandante (*contralorías*) con demandado (*presunto responsable fiscal*) son diversas a las que unen a llamante con llamado y es por eso que se explica que no necesariamente siempre que el demandado (*gestor fiscal*) sea

condenado, el llamado en garantía está obligado a indemnizar y reembolsar, debido a que perfectamente puede acontecer que no surja obligación alguna (*como gestor fiscal*) a su cargo.

En ese orden de ideas, cuando es vinculado el garante al proceso de responsabilidad fiscal y el implicado es absuelto mediante fallo sin responsabilidad fiscal, esta además un pronunciamiento o estudio sobre la vinculación del garante en el proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que no existe ninguna obligación fiscal del implicado amparado por el contrato de seguro; pero ocurre lo contrario cuando el implicado es declarado responsable fiscal y en tal circunstancia nos compete estudiar que relación une al garante con el responsable fiscal y de aquel como gestor fiscal, por consiguiente, sólo cuando existe un responsable fiscal surge la necesidad de definir la situación del garante en el proceso fiscal, pues en caso de declararse la responsabilidad fiscal la póliza debe incorporarse al fallo.

En materia de contratación, la ley ha previsto unos mecanismos de coberturas de riesgos para la administración otorgado por los oferentes o por el contratista de una entidad pública contratante, en favor de ésta o en favor de terceros, con el objeto de garantizar, entre otros, (i) la seriedad de su ofrecimiento; (ii) el cumplimiento de las obligaciones que para aquel surjan del contrato y de su liquidación; (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas; y (iv) los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración según el contrato.

De esta manera, la vinculación que surge de la aseguradora al proceso de responsabilidad fiscal, de conformidad con lo preceptuado por la Ley 610 de 2000, surge en virtud de la garantía única de cumplimiento, toda vez que frente a las otras no procedería la acción

fiscal.

El artículo 44 del estatuto de responsabilidad fiscal, establece que el garante dentro del proceso de responsabilidad fiscal tiene la calidad de tercero civilmente responsable; por consiguiente su responsabilidad es de carácter civil, derivada de la póliza cuyo beneficiario es un particular (contratistas), por tratarse de un contrato.

En tratándose de contratos estatales, la obligación directa de la aseguradora es con el contratista en virtud de una relación regulada por el derecho mercantil mediante la cual respalda el cumplimiento de las obligaciones de su afianzado nacidas de un vínculo jurídico de derecho público con la entidad pública. De otro lado, tenemos que la entidad pública no es parte en el contrato de seguro; Sin embargo, aunque dicha figura se someta fundamentalmente a las reglas del derecho privado; también lo es que su fin último es garantizar el cumplimiento de un contrato principal celebrado entre una entidad pública y un particular y, desde este punto de vista no hay duda que sigue la suerte del contrato garantizado.

Pero lo cierto es que la entidad que garantiza las obligaciones del contratista, desde el punto de vista del contrato de seguro, no ejecuta funciones públicas y en consecuencia no puede ser considerada gestor fiscal, por lo cual no se le podrá imputar este tipo de responsabilidad y mucho menos declarar responsable fiscal en los anteriores términos. De modo tal, que la contraloría goza de competencia para determinar la responsabilidad de quien otorga una garantía porque sus obligaciones son de carácter civil y no fiscal.

De esta manera, quien otorga una garantía para respaldar un contrato estatal no es sujeto de control fiscal y su póliza no puede integrarse al fallo con responsabilidad fiscal para

configurar el título ejecutivo.

En conclusión, la finalidad de vincular al garante en estos casos, es la de comunicar a un tercero interesado en el resultado del proceso, que bien puede intervenir por su interés patrimonial en el proceso, toda vez que las pólizas de seguro que interesan para efecto del fallo con responsabilidad fiscal son las determinadas por el artículo 107 de la Ley 42 de 1993 que dispone *“Los órganos de Control Fiscal verificarán que los bienes del Estado estén debidamente amparados por una póliza de seguros o un fondo especial creado para tal fin, pudiendo establecer responsabilidad fiscal a los tomadores cuando las circunstancias lo ameriten”*, tal como a continuación se explicará.

Cuando corresponda a una póliza de seguro que ampara un bien público (contrato estatal), y se ha producido el siniestro (realización del riesgo asegurable, en términos de artículo 1072 de C.Co.), v. gr., por hurto a daño del bien por parte del gestor fiscal, la entidad pública debe iniciar los trámites previstos en el artículo 1075 y siguientes del código de comercio. Si por esta vía no se obtiene la reparación patrimonial, la entidad pública debe acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, por virtud del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, el cual señaló como único juez competente para conocer de las controversias derivadas del contrato estatal y de los procesos de ejecución o cumplimiento el de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Existe otro aspecto que hace imposible el cobro de pólizas de seguro en virtud de la responsabilidad fiscal, y porque no podrían ser llamadas a responder las entidades aseguradoras, este caso sólo para los funcionarios públicos, es el relativo a la cláusula general de responsabilidad consagrada en la constitución política y que se encuentra desarrollada entre otros por la ley 610 de 2000.

La Constitución Política de 1991, prescribe la responsabilidad del Estado que en su artículo 90, que en efecto establece: *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”*

Nótese, que la Constitución al momento de declarar la responsabilidad del Estado, también lo hace para exigir lo propio de las personas que actúan en nombre de ella, cuando su actividad sea sancionada con dolo o culpa grave.

Por su parte la Ley 610 de 2000, en concordancia con la jurisprudencia constitucional, establece que en materia de responsabilidad fiscal se responderá por las conductas dolosas o culposas (artículo 1º Ley 610 de 2000), entendida la culpa como culpa grave. Hasta aquí ningún inconveniente; toda vez que resulta de lo preceptuado por el código de comercio.

En la póliza de seguro deben quedar definidos los riesgos que el asegurador toma a su cargo, por tanto el riesgo asegurable, es un elemento que queda definido con claridad en las condiciones de la póliza.

La póliza de seguro contiene las condiciones generales del contrato, pero el artículo 1047 del Código de Comercio enlista otros aspectos que deben estar indicados de manera precisa en dicho documento, entre ellos debe señalarse los riesgos que el asegurador toma a su cargo. No obstante lo anterior, la misma ley, en el artículo 1055 establece que: “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador asegurado o beneficiario son

inasegurables.

Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo, por estar involucrado el orden público de la Nación.

Es decir, que aquellas conductas relevantes para la acción fiscal no son asegurables por el contrato de seguro, no sólo para los funcionarios públicos sino también para los particulares. Así, tenemos entonces que el concepto de riesgo se excluye el que se concreta en dolo o culpa grave o los actos de tipo potestativo también de cualquiera de los componentes de la parte asegurada, tomador, asegurado o beneficiario. Con respecto al dolo, es claramente entendible que así sea, pues este concepto ha sido definido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina como un hecho voluntario, consciente ya que al fin y al cabo se relaciona o hace parte de una conducta dañosa realizada de manera intencional. En igual sentido, en principio es inasegurable la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario.

Por otro lado, vemos posible también, la vinculación del garante en procesos de responsabilidad fiscal en virtud del uso de la facultad de delegación de funciones entre funcionarios públicos.

Entonces, en aplicación de la figura de la delegación, el daño antijurídico que dé lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado y a la acción de repetición (CP, art. 90), puede darse de tres maneras diferentes, de acuerdo con la participación del delegante o del delegatario: 1ª) el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegatario, al ejercer la delegación otorgada, sin la participación del delegante; 2ª) el dolo o la culpa grave corresponden exclusivamente al delegante, quien utiliza al delegatario como un mero

instrumento de su conducta; y 3ª) hay concurso de dolo y/o culpa grave de delegante y delegatario en la conducta que ocasiona el daño antijurídico. La primera hipótesis es a la cual hace referencia el inciso segundo del artículo 211 de la Constitución Política, y en ese evento *"la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario"*; la segunda y la tercera hipótesis son las reguladas por la norma demandada pues no puede ser constitucional una medida del legislador que diga que un funcionario está exonerado de responsabilidad así participe con dolo o culpa grave en la consumación de un daño antijurídico por el cual el Estado se vio condenado a indemnizar a quien no estaba obligado a soportar dicha lesión.

En suma, la expresión del artículo 211 dice que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, lo cual no significa que aquél no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley, la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones o el incumplimiento de los principios de la función administrativa (C.P., arts. 6º, 121 y 209).

En este escenario debe entenderse la norma demandada. Cuando en materia contractual el delegante actúe con dolo o culpa grave en la producción del daño antijurídico, por el cual el Estado se haya visto obligado a reparar, la delegación no constituye un escudo de protección ni de exclusión de responsabilidad para aquél en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía, así no aparezca formalmente como el funcionario que vinculó con su firma al Estado en la relación contractual o que lo representó en las diferentes etapas del proceso contractual. Todo lo contrario, si el delegante participó a título de dolo o culpa grave deberá ser vinculado en el proceso de acción de repetición o llamamiento en garantía para que responda por lo que a él corresponda en atención a las circunstancias fácticas de cada situación.



Por lo tanto, resulta razonable la norma demandada al señalar que en materia contractual el delegante podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en la ley 678, con lo cual no se incurre en ninguna infracción al ordenamiento superior, pues la expresión del artículo 211 de la Carta, según la cual "*la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario*", no constituye excusa para que la autoridad pública acuda a la delegación como medio para incurrir de conductas reprochables por el derecho sancionador del Estado". Sin embargo, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, dispuso que si bien los jefes y representantes legales de las entidades estatales pueden delegar y desconcentrar funciones y competencias para efectos de contratar, en ningún caso éstos quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, luego lo anterior indica, que el delegatario y desconcentrado responderán por la conducta propia en que incurra, sin que pueda atribuirse la misma bajo la modalidad de coautoría al delegatario o desconcentrante, pues cada uno responde por su hecho propio, y este caso, el de éstos últimos será la acción u omisión en que incurran por ejercer de manera ineficaz e ineficiente e inadecuada o por omitir realizar el control y vigilancia de las funciones delegadas o desconcentradas; a menos que se le pueda endilgar coautoría cuando por alguno de los medios probatorios pertinentes, procedentes y útiles se pruebe que el delegante o desconcentrado actuó en contubernio o elaboró, contribuyó o determinó al delegatario o desconcentrado a incurrir en la conducta.

## **12. La vinculación de la aseguradora en su condición de garante y como contratante en el caso de la cesión de los contratos estatales.**

La aseguradora en los procesos de responsabilidad fiscal debe ser vinculada como garante,

cuando el daño patrimonial que sufra el Estado y objeto del correspondiente proceso sea amparado por el contrato mercantil de seguros en donde el tomador sea en la fase precontractual el proponente y el contratista durante la fase contractual o postcontractual; y el beneficiario sea la entidad pública contratante. El daño patrimonial tiene que estar amparado, como el anticipo y el pago anticipado, el cumplimiento del mismo, el pago de prestaciones y salarios, multas y sanciones, calidad de los bienes y servicios, mantenimiento etc y la aseguradora en el evento de probarse responderá por el porcentaje amparado en la póliza. Si la garantía está dada por títulos valores o fiducia en garantía, la contraloría como respaldo puede vincular a los responsables de las obligaciones adquiridas y amparadas mediante el mecanismo de cobertura del riesgo.

Cuando quiera que el daño patrimonial ocasionado sea producto del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, la contraloría debe vincular a la aseguradora garante del contratista como tercero civilmente responsable en la cuantía que ampara el siniestro ocurrido, pero cuando el daño ocasionado sea por causa distinta a la mera ocurrencia del daño, sino por la intervención, participación de la aseguradora tal como la gestión de la aseguradora en la cesión de un contrato, negociación de las estipulaciones del contrato privado de cesión, la presentación a la entidad pública contratante del cesionario, la verificación de la inversión del anticipo, cuando la aseguradora asuma el contrato como consecuencia de la declaración de la caducidad, en este caso debe ser vinculada no solo como garante, sino como co-contratante, evento este último donde su responsabilidad no se limita al porcentaje amparado en la póliza de seguros, sino que se vincula para que responda por la totalidad de los daños patrimoniales que se demuestren ocurridos.

### **13. Procedencia de las medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal.**

Las medidas cautelares se constituyen en la herramienta eficaz para hacer efectivo el fin perseguido por la acción fiscal, el cual corresponde al resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Las medidas cautelares, son entonces, un procedimiento para alcanzar este fin, mediante el cual desde el inicio del proceso de responsabilidad fiscal, la contraloría puede hacer uso de esta facultad y decretar medidas cautelares sobre los bienes muebles o inmuebles del presunto responsable, que le permitirán, como ya lo dijimos, asegurar el resarcimiento de los perjuicios causados al patrimonio público, evitando que el implicado mediante conductas fraudulentas se insolvente evitando la acción resarcitoria.

La jurisprudencia constitucional, ha establecido, que “en nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado. Las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aún cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo”.

Estas medidas, son de carácter accesorias al proceso de responsabilidad fiscal de naturaleza

precautelativo como garantía ante un fallo con responsabilidad fiscal, que persigue reafirmar el cumplimiento del derecho demandado por el Estado, impidiendo que se siga causando detrimento al erario público.

La finalidad de las medidas cautelares según CARNELUTTI, es evitar “aquellas alteraciones en el equilibrio inicial de las partes que pueden derivar de la duración del proceso”, opinión que sigue FASSI, al decir que “todas las medidas cautelares se hallan supeditadas y encuentran justificación en la necesidad de mantener la igualdad de las partes en el juicio y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al mismo”. W. KISCH, anota que se proponen *“impedir que la ejecución futura se dificulte, por medio de la sujeción de los bienes del deudor y en casos extremos hasta de su persona”*, en tanto que UGO ROCCO, destaca que el Estado ejerce por intermedio de ellas *“un derecho especial de supremacía que tiene por objeto no ya la persona del obligado sino su patrimonio”*.

La regulación de las medidas cautelares para el proceso de responsabilidad fiscal, se encuentra en la Ley 610 de 2000, artículo 12 de la siguiente manera: *“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”*.

Para evitar, la arbitrariedad en la cual puede incurrir algunos funcionarios a la hora de decretar estas medidas cautelares la ley ha previsto, en esta misma norma la existencia de responsabilidad del funcionario cuando ha procedido con temeridad y mala fe al momento de su decreto. Tal aparte de esta disposición fue analizada por la Corte Constitucional estableciendo su constitucionalidad en los siguientes términos:

Ahora bien, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si las nociones de temeridad y mala fe son más restrictivas que aquellos conceptos de dolo y culpa grave, en lo que dice relación a la responsabilidad.

*La temeridad está definida por el diccionario de la Real Academia Española como "calidad de temerario. 2. Acción temeraria. 3. Juicio temerario." Y al remitirse al significado de temerario se lee: "excesivamente imprudente arrojando peligros. Dicese de las acciones del que obra de ese modo. 3. Que se dice, hace o piensa sin fundamento, razón o motivo."*

*Por su parte el Diccionario Jurídico Espasa define a la temeridad así: "Es el comportamiento imprudente. La imprudencia temeraria consiste en omitir el cuidado y diligencia que puede exigirse a la persona menos cuidadosa, atenta o diligente".*

Del análisis de las anteriores nociones surge una contundente conclusión, y consiste en que la acepción de **temeridad** equivale esencialmente a la definición de culpa grave que registra el Código Civil, de donde se colige finalmente que bajo tal adjetivo calificativo no se restringe irregularmente la responsabilidad del funcionario en lo tocante al grado de diligencia y cuidado que se le exige para decretar medidas cautelares. Por el contrario, la noción de temeridad, en tanto asimilación a culpa grave, se acompasa nítidamente con las formas de culpabilidad que concentra la Constitución en su artículo 90.

En cuanto a la locución **mala fe**, que acusa el demandante, la Sala pasa a expresar lo siguiente:

El proceso de constitucionalización de institutos legales encuentra un importante ejemplo

en el principio de la buena fe, que desde antiguo ha tenido regazo en el Código Civil colombiano, particularmente en sus artículos 768 y 769. En tal sentido, dispone la Carta Política que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

Así las cosas, bajo el criterio de que **el principio de la buena fe** debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quizo el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos. Por consiguiente, podría decirse entonces que la presunción de buena fe que milita a favor de los particulares, en la balanza **Estado-administrados** hace las veces de contrapeso institucional de cara a los principios de constitucionalidad y legalidad que amparan en su orden a la ley y a los actos administrativos.

Las contralorías, con previsión a lo anteriormente señalado pueden hacer uso de esta facultad desde el inicio mismo del proceso de responsabilidad fiscal existiendo serios indicios de la responsabilidad de los presuntos responsables, previa averiguación de bienes, a través de auto se ordena como medida preventiva, el embargo y el secuestro y seguirán vigentes hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal. (Inciso 2º artículo 12 de la Ley 610 de 2000).

*“Sobre el particular, cabe señalar que las medidas cautelares constituyen actos jurisdiccionales de naturaleza preventiva y provisional que, de oficio o a solicitud de parte, se ejecutan sobre personas, bienes y medios de prueba para mantener respecto de éstos un estado de cosas similar al que existía al momento de iniciarse el trámite judicial, buscando la efectiva ejecución de la providencia estimatoria e impidiendo que el perjuicio ocasionado por la vulneración de un derecho sustancial, se haga más gravoso como consecuencia del tiempo que tarda el proceso en llegar a su fin”.*

Para proceder con esta medida, debe seguirse el trámite previsto para embargo y secuestro regulado por el Código de Procedimiento Civil en los artículos 678 a 682.

Para el desembargo de bienes se procederá, 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.

Igualmente, 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.

#### 14. Intervención de la parte civil

## 15. El cierre del proceso por cesación de la acción fiscal.

El artículo 16 de la Ley 610 de 2000, reglamenta las causales por las cuales la contraloría debe declarar la cesación del proceso de responsabilidad fiscal y disponer el archivo del mismo en concordancia con lo dispuesto por el artículo 47 del mismo cuerpo normativo y del artículo 111 de la Ley 1474 de 2011

De esta manera dispone el artículo 16 que “en cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca (i) que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, (ii) cuando se demuestre que el hecho no existió, (iii) o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado, (iV) o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, (vi) o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal, (vii) o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente”.

En la práctica esta figura es de gran utilidad, toda vez que su aplicación permite actuar a las contralorías con celeridad en el trámite y la resolución de los procesos, pues no tendría sentido esperar a dictar un fallo sin responsabilidad fiscal, cuando se ha advertido desde mucho atrás v. gr. que no hay gestión fiscal por parte del implicado o simplemente a operado el término de caducidad de la acción.

Las causales en particular que permiten la cesación de la acción fiscal son las siguientes:

*Por haber operado el fenómeno de la caducidad o prescripción.* Como ya lo habíamos expresado, una vez ocurrido el fenómeno de la caducidad y la indagación preliminar o el proceso de responsabilidad fiscal se haya iniciado sin advertir



tal situación, el funcionario competente dentro de la contraloría, le asiste el deber de declarar la cesación de la acción fiscal y ordenar el archivo de lo actuado.

Por otro lado, si lo que se presenta en el transcurso del proceso de responsabilidad fiscal o se supera el término establecido por la ley para proferir fallo definitivo o igualmente se supera el término para dictar auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal en la indagación preliminar, a la contraloría previo requerimiento del implicado deberá declarar la cesación del proceso por prescripción. No se olvide que en materia de prescripción, como bien lo dejamos anotado, es necesario el pronunciamiento del afectado de acogerse a esta figura, pues puede suceder que este le interese un fallo con responsabilidad fiscal que salvaguarde su buen nombre.

- *Cuando este demostrado que el hecho no existió o que este no es constitutivo de daño patrimonial o no es producto de una gestión fiscal:* a este mismo aspecto también hemos hecho referencia y se trata de aquellos hechos verdaderamente relevante para la acción fiscal; es decir aquellos capaces de producir un daño al patrimonio público. De esta manera, si tenemos que hecho por el cual se adelanta el proceso de responsabilidad fiscal no se logró demostrar su existencia, no le queda otra opción a la contraloría que declarar la cesación del proceso, al igual que estando probado ese hecho, el mismo no es constitutivo de daño patrimonial.

Así mismo, la gestión fiscal se encuentra definida por la ley 610 de 2000 como también en ella se hace referencia a las personas que realizan para el estado gestión fiscal. Entonces el hecho constitutivo de daño patrimonial debe tener estas características, que sea producido en virtud de una gestión fiscal, tal como la Constitución artículo 268 determina el ámbito

de competencia de la contraloría y con el principio de legalidad y del debido proceso.

Por consiguiente cuando no se dan estos presupuesto, lo que ocurre sencillamente es un error de apreciación del funcionario de la contraloría al momento de la evaluación de los hechos puesto en conocimiento del ente de control fiscal.

*por la demostración de una causal eximente de responsabilidad fiscal:* Esta causal de cesación del procedimiento dirigido a establecer la presunto responsabilidad fiscal, resulta curiosa en su tipificación, pues no establece cuales son esas causales eximentes de responsabilidad fiscal. Por tal motivo nuestra conclusión es que esas causales no las tipifico la ley y por consiguientes ninguna que se quiera aproximar podría ser aplicable por esta causal de cesación, pues el carácter taxativo restrictivo de las causales de eximentes de responsabilidad no lo permite.

Lo que si puede suceder como bien lo afirma Uriel Amaya, es que las causales eximentes de responsabilidad fiscal son a título enunciativo y bien puede suceder que se presenten distintas a la que aquí señala la ley, bajo ese entendido se puede considerar el evento en que existiendo la conducta y producido el daño al patrimonio público por una gestión fiscal, esta no alcanzó a ser graduada a título de dolo o culpa grave como lo establece la constitución y la jurisprudencia vigente.

*Cuando el daño ha sido resarcido en su totalidad:* Por el simple hecho de demostrarse por parte del encausado, que se ha resarcido en su totalidad el daño producido al patrimonio estatal, la contraloría tiene el deber de cesar el procedimiento disponer el archivo del proceso; pues se ha logrado la finalidad perseguido por la acción fiscal, que en tantas oportunidades se ha

repetido, cual es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público.

Si bien el artículo 111 de la Ley 1474 dispone que la cesación de la acción fiscal procede en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de manera anticipada únicamente cuando se acredite el valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado la imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada, no es menos cierto que haya derogado el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, en relación a las causales por las que procede la cesación de la acción fiscal por las siguientes razones:

- No existe derogación expresa del artículo 16 de la Ley 610 de 2000 por parte de la Ley 1474 de 2011.

- No puede entenderse como que la Ley 1474 de 2011 derogó tácitamente el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, toda vez que no existe aparente ni real contrariedad entre una norma jurídica y otra, por el contrario se complementan.

- Esto es, que el artículo 111 de la Ley 1474 dispone la terminación anticipada de la acción fiscal cuando desaparece su objeto, y es cuando el sujeto pasivo de la acción fiscal paga el valor del detrimento patrimonial que se haya investigado o imputado, o se haya reintegrado el valor de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada. Lo que significa lo anterior, es que el principio de oportunidad en materia penal no produce efectos para la cesación de la acción fiscal cuando el imputado o acusado por delitos contra la administración pública que dio o dieron lugar al daño patrimonial investigado o imputado por las

contralorías, se acoge al beneficio del desistimiento o renuncia de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación con la correspondiente aprobación del juez penal con funciones de control de garantías. Es decir, el principio de oportunidad en materia penal da lugar a la cesación de la acción penal por los delitos contra el patrimonio de la administración pública, pero no da lugar a la cesación de la acción fiscal que se promueva por el daño al patrimonio que haya ocasionado esos delitos.

- Las causales de cesación de la acción fiscal establecida en el artículo 16 de la ley 610 no pueden entenderse derogadas por el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011, porque éstas no son contrarias entre sí, sino complementarias, ya que si el proceso de responsabilidad fiscal que se adelanta no puede continuar o iniciarse porque operó el fenómeno de la caducidad o prescripción, sería contrario al artículo 29 constitucional que se desgaste a la administración de justicia fiscal por parte de la Contraloría si pudiera sólo pronunciarse en el fallo definitivo, porque estará vulnerando el derecho fundamental del sujeto de control fiscal de que se le decidan sus procesos fiscales sin dilaciones justificadas, así como sería contrario a los principios constitucionales de la función administrativa. De la misma manera si durante el proceso de responsabilidad fiscal existe prueba de que el sujeto investigado no es gestor fiscal o no es sujeto de control fiscal, considero que desde la perspectiva constitucional esta norma no puede entenderse derogada por la Ley 1474 de 2011 artículo 111, toda vez que se les estaría vulnerando su derecho al debido proceso que exige que solamente se puedan someter a procesos públicos, contradictorios aquellas personas que conforme al principio de legalidad son sujetos pasivos de la acción fiscal, y mal haría la contraloría que durante el proceso encuentra probado de oficio o a solicitud de parte que el

investigado no es sujeto de responsabilidad fiscal no declararle la cesación de la acción fiscal. Sería tanto como que la Fiscalía que encuentra probado que el sujeto pasivo de la acción penal es un inimputable, insiste en imputarle y acusarlo de la comisión de delitos para que dentro del proceso penal pruebe la inimputabilidad que ya el ente acusador de manera previa tiene establecida y probada.

-Ahora bien, si se trata de causales eximentes de responsabilidad del gestor fiscal, como que el hecho fiscal investigado no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial, la Contraloría únicamente debe abstenerse de decretar la cesación de la acción fiscal conforme al artículo 111 de la Ley 1474 de 2011 si no cuenta con la plena prueba de la inexistencia del daño o de que éste existe pero no es constitutivo de daño patrimonial. Y no podrá decretarla porque el proceso precisamente tiene esa finalidad, la de encontrar la prueba que acredite el principal elemento de la responsabilidad fiscal que es la existencia del daño patrimonial que significa que el hecho es constitutivo de daño real, cierto y consolidado, y que su causa eficiente está dada por el nexo causal entre la conducta y el daño que se produce que la acción u omisión dolosa o gravemente culposa del gestor fiscal investigado o imputado. De allí que lleguemos a la conclusión que el artículo 16 de la Ley 610 de 2000 coexiste en vigencia con la el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011.

**16. La Muerte del implicado no es causal de cesación del proceso de responsabilidad fiscal: emplazamiento de herederos.**

Cuando hablamos de la muerte del implicado en el proceso de responsabilidad fiscal, no hacemos otra cosa que hacer referencia a la figura del derecho procesal denominada sucesión procesal, reglamentada por el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil,

como un mecanismo que permite la alteración de las personas que integran la parte (*presunto responsable fiscal*), como también aquellas personas que ostenta la la calidad de tercero en el proceso.

La norma en mención dispone: *Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador. Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.*

Esta norma del derecho procesal, no sólo hace referencia a las personas naturales, sino también a las personas jurídicas en caso de fusión, regulada por el código de comercio. En materias de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional ha sentado su posición sobre la exequibilidad de la norma que posibilita el emplazamiento de heredero en el proceso de tal modo que:

*“El objeto de la ley 610 de 2.000 es desarrollar la responsabilidad fiscal de quienes realizan gestión fiscal (artículo 4 de la ley 610 de 2000). Tal gestión es, como allí mismo se señala, “la actividad que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos” (artículo 3 de la ley 610 de 2000). Resulta claro entonces que el sujeto pasivo dentro del proceso de responsabilidad fiscal sólo puede ser aquel quien tenga la calidad de gestor fiscal en los términos que señala la ley; es decir, si la conducta no fue realizada por un gestor fiscal no podrá iniciarse proceso fiscal en su contra o, de iniciarse, operaría una causal de cesación de la acción fiscal. Por ello no es dable confundir la calidad – en sentido sustancial– del gestor contra el que se adelanta un proceso de responsabilidad fiscal con la calidad de otras personas llamadas a vincularse al proceso en virtud de una sucesión procesal.*

*La sucesión procesal es una institución consagrada en el libro I, título VI capítulo 3 del código de procedimiento civil, específicamente en el artículo 60 del mismo. opera en los casos en los que iniciado un proceso civil una de las partes desaparece, es decir, siendo una persona natural muere, o si es una persona jurídica se extingue o fusiona; la consecuencia que el ordenamiento jurídico imputa a dicha situación es la de que sus herederos, el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes o el curador, sustituyan en el proceso al sujeto de derecho fallecido o jurídicamente inexistente, con el fin de ocupar su posición procesal y permitir la defensa de sus intereses.*

*La sucesión procesal es la regla general en el caso de la muerte de una de las partes dentro de un proceso. Ella opera ipso jure, aunque el reconocimiento de los herederos en el proceso depende de la prueba que aporten de su condición. Ahora bien, existen procesos civiles en los que están en juego derechos personalísimos y en los que a la muerte de una de las partes no puede operar la sucesión procesal, como por ejemplo en los procesos de divorcio, de separación de cuerpos o de nulidad del matrimonio. en ellos la muerte de una de las partes implica la culminación de la actuación procesal. de tales casos es necesario distinguir, entre otros, los relativos a la responsabilidad fiscal, pues si su objeto es resarcir el perjuicio que con la gestión fiscal ha tenido lugar, esto es, siendo su interés patrimonial, la muerte del gestor fiscal no impide dicha finalidad, puesto que la respectiva acción persigue es el patrimonio de la persona y no a la persona misma.*

*La doctrina, es recurrente al señalar que de lo que se trata es de una sucesión meramente procesal que en nada modifica la relación sustancial inherente al derecho que se controvierte. De allí entonces que se pueda afirmar que el sujeto pasivo dentro del proceso de responsabilidad sólo puede ser aquel que tenga la calidad de gestor fiscal, y al mismo tiempo señalar que en caso de muerte del gestor el proceso se seguirá con sus herederos, sin que haya lugar a confundir al eventual obligado en la relación sustancial con la parte procesal, por sucesión, en el respectivo proceso de responsabilidad patrimonial”.*

*...De igual modo, en el proceso de responsabilidad fiscal, siendo su naturaleza resarcitoria y*

*patrimonial, el interés es garantizar que se puedan satisfacer con el patrimonio del responsable, los daños ocasionados al erario como consecuencia de una actuación culposa o dolosa que haya causado un detrimento patrimonial al erario público. La muerte del responsable no es obstáculo para la realización de tal objetivo; ello porque la sucesión procesal permite la vinculación de los herederos, como directos interesados en la protección de la universalidad patrimonial de la cual tienen parte, para que intervengan en el proceso, con lo cual también se protegen plenamente sus derechos constitucionales, en especial los derechos a la propiedad, a la defensa y al debido proceso”.*

#### **17.-Intervención del Ministerio Público en el proceso de responsabilidad fiscal.**

El artículo 118 y 277 constitucionales, determina que al Ministerio Público y a la Procuraduría General de la Nación le corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, la protección del patrimonio público la defensa del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías de los administrados.

Del mismo modo establece que el ministerio público será ejercido por la procuraduría general de nación, por el defensor del pueblo y los agentes del ministerio público ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley.

En concordancia con lo anterior, tenemos que el supremo director de la Procuraduría General de la Nación, como del ministerio público en general, es el Procurador General de la Nación cuyas funciones constitucionales se encuentran consagradas en el artículo 277 de



la carga, estipulando que el procurador, por sí o por medio de sus delegados o agentes, cumplirá entre otras con la siguiente función:

*"Intervenir en los proceso y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derecho y garantías fundamentales."* (subraya es nuestro)

Esta norma, le otorga faculta la procuraduría para intervenir en cualquier actuación cuando ella advierta el inminente peligro a las garantías constitucionales y el patrimonio público. En efecto, la Corte considera que, si bien la Carta Política ha conferido a los órganos del Ministerio Público la facultad de “**intervenir** en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, **cuando sea necesario**” para defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales -lo cual significa que están habilitados para establecer si en los procesos administrativos o en las actuaciones de los servidores públicos se han presentado actos indebidos o contrarios al ordenamiento jurídico, o irregulares, y para deducir, por consiguiente, las responsabilidades a que haya lugar-, tal intervención debe darse normalmente una vez que dichos procesos y actuaciones han culminado. Pero este principio encuentra su salvedad, como lo contempla la Carta, en los casos en que la intervención, observación o confrontación se hagan menester de manera urgente y evidente, con miras a la defensa efectiva de derechos fundamentales en peligro o por un inminente riesgo del patrimonio público.

Esta excepción al control posterior, otorga a al procuraduría, de conformidad con el artículo 284 constitucional, la facultad de solicitar informes a las autoridades administrativas sin reserva alguna, sin que esta actividad signifique injerencia o coadministración del órgano de control o injerencia en el control a la gestión fiscal

encomendada a las contralorías y por el contrario estas funciones las vemos enmarcadas dentro la misión encomendada al ministerio público por el mismo constituyente.

Bajo estos presupuestos, concluyo que la procuraduría tiene la facultad y asiste el deber constitucional de intervenir en cualquier proceso, incluso el de responsabilidad fiscal, en defensa del patrimonio público. Desde el punto de vista legal, como ya vimos, el ministerio público puede solicitar una vez culminado el proceso penal y hallado un responsable, que se tramite el incidente de reparación integral a favor de la entidad que se ha visto perjudicada con el actuar criminal; también le ha sido confiado a la Procuraduría la intervención en las conciliaciones judiciales y extrajudiciales de las entidades públicas concluyendo que su misión consiste en observar que el acuerdo al que llegue el representante legal de la entidad estatal no lesione los intereses patrimoniales del Estado.

#### **18. La Versión Libre como mecanismo para el ejercicio del derecho de defensa en el proceso de responsabilidad fiscal.**

Ya habíamos expresado, que la indagación preliminar es una etapa preprocesal en la cual el implicado, en garantía de su derecho de defensa, puede pedir ser escuchado en versión libre porque tuvo conocimiento de que en su contra existe una investigación, o porque el funcionario competente de la contraloría lo considere pertinente. De esta manera, tenemos que si ocurre lo primero, es obligación de la contraloría acceder a la solicitud de implicado, quien podrá concurrir personalmente con o sin apoderado según su voluntad, pero también podrá asistir personalmente y luego acompañar escrito que complemente la versión libre rendida, pero también en ejercicio del derecho de defensa podrá optar por no asistir personalmente a rendir la correspondiente versión libre, sino rendirla a través de memorial escrito con el que podrá acompañar las pruebas que estime pertinente.

Es este estadio del proceso de responsabilidad fiscal, es posible que el presunto responsable fiscal en su declaración decida confesar la comisión de aquellos hechos que causaron el detrimento patrimonial investigado. Pero, debe tenerse en cuenta que en esta diligencia no se le viole al implicado el derecho constitucional que le asiste a guardar silencio y el de no declarar en contra de si mismo, tal como la garantiza el artículo 33 constitucional.

La primera parte de esta disposición constitucional –*nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo...*– en concordancia con las garantías del debido proceso, hacen de la etapa de indagación preliminar una oportunidad de defensa del presunto responsable fiscal. Pues, es esta la oportunidad para que el investigado plantea la forma en la cual va a efectuar su defensa. Al ser considerada la versión libre como mecanismos de defensa (art. 42 Ley 610 de 2000), el indagado no está obligado a decir la verdad, toda vez que con la versión libre expone su versión de los hechos, y en ese entendido estaría haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 33 superior. Situación conocida también por la jurisprudencia como el *indicio de mentira o mala justificación*. El problema surge frente a la siguiente hipótesis: que el indagado renuncie a su derecho constitucional a guardar silencio y decida declarar. Frente a esta posición procesal, la norma demandada autoriza al Fiscal a que exhorte al imputado a que diga la verdad. En caso de faltar a ésta, existe base normativa en el Código de Procedimiento Penal para deducir en contra del procesado un indicio de responsabilidad penal, lo cual constituye prácticamente una inversión de la carga de la prueba.

Bajo este criterio, tenemos que el indicio de mentira o mala justificación es violatorio del debido proceso y del derecho de defensa. Al respecto la Corte Constitucional, sobre de la exhortación al indago de decir la verdad afirma que se torna inconstitucional bajo los siguientes presupuestos:

*“La exhortación se convierte en una forma, sutil pero probablemente efectiva -y por ello inconstitucional-, de obtener en la diligencia de indagatoria la confesión del imputado. Más todavía, en cuanto se le advierte que debe decir únicamente la verdad, se excluye su silencio y se lo insta a expresar todo cuanto sabe o le consta, por lo cual dicho llamado, en boca de la autoridad que practica la diligencia y que está a cargo del proceso en su etapa previa, resulta ser una modalidad de incitación asimilable al juramento -que tiene el mismo propósito- y, por tanto, hace inoficiosa la exclusión del mismo, evitando toda estrategia de defensa y haciendo que los hechos relevantes, aun los que no favorecen al declarante, se lleven por éste al proceso de manera inmediata y exhaustiva, lo cual riñe abiertamente con la garantía contemplada en el artículo 29 de la Constitución sobre derecho de defensa.*

*Para la Corte es claro que el derecho de la persona a no ser obligada a autoincriminarse se ve notoriamente disminuido por la prevención en comento, en evidente desacato al artículo 33 de la Constitución Política; que el derecho de defensa, con tal advertencia, se reduce al mínimo, en cuanto se provoca de manera forzada un acto de confesión; y que la admonición misma es, de suyo, una presunción de que el indagado actuará de mala fe en la diligencia, lo cual vulnera el artículo 83 de la Carta. En consecuencia, las palabras "que diga la verdad, advirtiéndole que debe...", del artículo 322 del Código de Procedimiento Penal, serán declaradas inexecutable".*

## **19. Atribuciones de Policía Judicial de las Contralorías General y territoriales conforme al Manual Único de Policía Judicial.**

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 610 de 200, señala que los servidores de las Contralorías que realicen funciones de investigación o de indagación, o que estén comisionados para la práctica de pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal, tienen el carácter de autoridad de policía judicial.

Así las cosas, a demás de las atribuciones previstas en el Código de Procedimiento Penal para la autoridad de policía judicial tiene la siguiente atribuciones:

1.- Adelantar oficiosamente las indagaciones preliminares que se requieran por hechos relacionados contra los intereses patrimoniales del Estado.

2.- Coordinar sus actuaciones con las de la Fiscalía General de la Nación.

3.-Solicitar información a entidades oficiales o particulares en procura de datos que interesen para solicitar la iniciación del proceso de responsabilidad fiscal o para las indagaciones o investigaciones en trámite, inclusive para lograr la identificación de bienes de las personas comprometidas en los hechos generadores de daño patrimonial al Estado, sin que al respecto les sea oponible reserva alguna.

4.-Denunciar bienes de los presuntos responsables ante las autoridades judiciales, para que se tomen las medidas cautelares correspondientes, sin necesidad de prestar caución.

En relación a las funciones de policía judicial, debe tenerse en cuenta que la Contraloría en sí misma, no es una autoridad de policía judicial, sino que la constitución y la Ley, le permiten que de conformidad con el Código de Procedimiento Penal, puedan ejercer ciertas funciones de policía judicial bajo la dirección y orientación de la Fiscalía general de la Nación.

Para ello debe tenerse en cuenta, que las Contralorías que quieran ejercer las competencias de autoridad de policía judicial, debe suscribir un convenio para tal efecto con la Fiscalía

General de la Nación, para establecer la forma, procedimiento y mecanismos de ejercicio de las atribuciones de policía judicial, la cual en principio tiene el principal titular de la Contraloría ya sea el Contralor General, o los contralores territoriales, para lo cual deberán atribuírsela de manera especial, específica y concreta a los servidores públicos de la contraloría para un caso o investigación fiscal determinada o para actuaciones individualizadas y concretas. Es decir, no es una atribución de la que gocen los servidores públicos de las contralorías de manera permanente, sino que requiere acto previo y concreto.

Así las cosas, las funciones o atribuciones de policía judicial de los servidores públicos de las contralorías tienen limitaciones de orden legal, de tal manera que se circunscriben al ejercicio de la titularidad de la acción fiscal, esto es el ejercicio propio del control fiscal, tanto para el proceso auditor, como para los procesos de responsabilidad fiscal.

Lo anterior indica, que las contralorías no podrán expedir órdenes de captura, realizar allanamientos, interceptar comunicaciones, ni realizar otras actividades propias de la actividad judicial reservada para la Fiscalía General de la Nación y a los organismos de seguridad y defensa del Estado.

## **20. Grupos interinstitucionales de investigación fiscal.**

El artículo 11 de la Ley 610 de 2000, establece que las Contralorías, la Fiscalía General de la Nación, la procuraduría General de la Nación, las personerías en sus distintos niveles distrital y municipal y las entidades de control de la administración, podrán establecer con carácter temporal y de manera conjunta, grupos especiales de trabajo para adelantar investigaciones que permitan realizar la vigilancia integral del manejo de los bienes y fondos

públicos, así como las actuaciones de los servidores públicos. Las pruebas practicadas por éstos grupos especiales, tendrán validez en los respectivos procesos fiscales, penales, disciplinarios y administrativos.

## **21. Suspensión de términos, unidad procesal y conexidad, acumulación de procesos, reapertura y grado de consulta.**

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 610 de 2000, el cómputo de los términos previstos en la mencionada ley, podrán suspenderse por parte del servidor público responsable y competente del proceso en los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, o por la tramitación de una declaración de impedimento o recusación. En tales eventos tanto la suspensión como la reanudación de los términos se ordenará mediante auto de trámite, que se notificará por estado al día siguiente y contra el cual no procede recurso alguno.

Por su parte el artículo 14 de la Ley 610 de 2000, dispone que por cada hecho generador de responsabilidad fiscal se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de implicados, ya sean personas naturales, jurídicas, promesas de sociedades futuras, uniones temporales o consorcios.

Si la Contraloría estuviere adelantando más de una actuación por el mismo asunto, se dispondrá mediante auto de trámite la agregación de las diligencias a aquellas que se encuentren más adelantadas, así como también los hechos conexos, que deberán investigarse y decidirse conjuntamente. Vale la pena señalar, que contra la decisión de negar la acumulación procede el recurso de reposición.

Así mismo, es importante señalar, que el artículo 17 de la Ley 610 de 2010, dispone en relación a la reapertura del proceso, que cuando después de proferido el auto de archivo del

expediente en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal, aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demostrare que la decisión se basó en prueba falsa, procederá la reapertura de la indagación o del proceso. Pero si luego de proferido el archivo definitivo ha operado la caducidad de las acción o la prescripción de la responsabilidad fiscal, no procederá la reapertura del proceso. Lo anterior encuentra aval de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-382 del 22 de abril de 2008.

De otra parte, se observa que el artículo 18 de la Ley 610 de 2000 establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. El grado de consulta fiscal, procederá cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Así mismo, dispone la norma, que para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador. Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.

**22. Reserva, expedición de copias y traslado de pruebas y compulsa a otras autoridades administrativas, penales, fiscales y disciplinarias.**



De otra parte, el artículo 20 de la Ley 610 de 2000, en relación ala reserva y a la expedición de copias, se señala que las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservadas, y en consecuencia, ningún funcionario podrá suministrar información, ni expedir copias de piezas procesales, salvo que las solicite autoridad competente para conocer asuntos judiciales, disciplinarios o administrativos.

Los sujetos procesales tendrán derecho a obtener copia de la actuación para uso exclusivo y el ejercicio de sus derechos, con la obligación de guardar reserva sin necesidad de diligencias especial.

Así mismos, el servidor público que adelante el proceso de responsabilidad fiscal, advierte la comisión de hechos punibles o faltas disciplinarias, deberá dar aviso en forma inmediata a las autoridades competentes, sopena de incurrir en la omisión al deber de poner en conocimiento de los órganos correspondientes las actuaciones irregulares que puedan dar lugar a la adecuación de una conducta a un tipo penal o a una falta disciplinaria.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **ASPECTOS PROCESALES Y PROBATORIOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL, GARANTÍA CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DEBIDO PROCESO, EL DERECHO DE DEFENSA, DE AUDIENCIA, CONTRADICCIÓN, IMPARCIALIDAD, DE INDEPENDENCIA DEL JUEZ Y DE MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES.**

#### **1.- La prueba en el proceso de responsabilidad fiscal.**

El derecho de la responsabilidad fiscal, definido como el conjunto de normas del

ordenamiento jurídico que regula de una parte la competencia, las herramientas e instrumentos para que las Contralorías tanto la General de la República como las contralorías territoriales, para el ejercicio del proceso auditor, a través de los sistemas de vigilancia de la gestión fiscal de las entidades públicas y de los particulares que administren o manejen fondos públicos; así como también la organización, estructura, etapas y elementos tanto sustanciales como procesales del proceso de responsabilidad fiscal, de tal manera que a través de la identificación de hallazgos fiscales y fundadas en pruebas debidamente decretadas, aportadas y practicadas dentro del respectivo proceso, se pueda establecer la actuación del sujeto de responsabilidad fiscal, el daño patrimonial y la relación de causalidad existente entre los dos elementos antes señalados.

Esa responsabilidad debe estar fundada y soportada a través de los distintos medios probatorios admitidos en la legislación colombiana, conforme al principio constitucional previsto en el artículo 29 Superior que dispone que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

### **1.1 Necesidad de la prueba**

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 610 de 2000, la necesidad de la prueba, consiste en el principio constitucional y legal tanto de orden sustancial como procesal, que consiste en que toda providencia que produzca autoridad pública en ejercicio de sus funciones y conforme a las formalidades propias del proceso de responsabilidad fiscal, tanto en su etapa de indagación preliminar, de investigación y del juicio fiscal debe estar soportada y fundada en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean pertinentes, conducentes, procedentes y útiles para probar tres cosas: a) La actuación dolosa o gravemente culposa del sujeto de responsabilidad

fiscal, b) la prueba de la existencia del daño, c) la prueba de su alcance, d) La prueba de su actualidad, e) la prueba de su certidumbre, f) la prueba del daño consolidado y g) la prueba de la relación de causalidad entre el daño y la conducta o actuación del sujeto de control, fiscal, de tal manera que debe probarse que el daño es consecuencia de la actuación.

**1.1.1.- La Conducencia de la Prueba.** Es la idoneidad legal que tiene un medio probatorio para demostrar determinado hecho o situación jurídica, tales como la propiedad de un inmueble que se prueba con el folio de matrícula inmobiliaria, el parentesco por consanguinidad o primero civil con el registro civil de nacimiento; pero el parentesco por afinidad se demuestra además del registro civil de nacimiento con la anotación del matrimonio civil o católico en el registro civil de las personas que intervienen en el acto.

**1.1.2.- La Pertinencia de la Prueba.** Es la relación que existe entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso, es decir, la pertinencia de la prueba es aquella vocación que tiene el medio probatorio que conduce a demostrar o establecer directamente los hechos que son materia de ellos.

**1.1.3.- La Procedencia de la prueba.** Hace relación de una parte a la oportunidad legal de aportara, allegar, decretar y practicar la prueba en determinada etapa procesal, pero también hace relación a la facultad que tiene la autoridad competente para en determinado momento decretar ya sea de oficio o a petición de parte la práctica de una prueba que dada la oportunidad procesal y el tema de prueba es procedente ordenarla.

**1.1.4.-La Utilidad de la prueba.** Es aquella necesaria para producir un fallo con o sin responsabilidad fiscal, y tiene que ver que apunta a demostrar la responsabilidad fiscal del imputado, porque ante la existencia de una daño indemnizable, éste es consecuencia de la

actuación del agente que lo provocó y es lo que se conoce como relación de causalidad.

La prueba conducente y pertinente tiene una relación directa con la utilidad de la misma en el proceso, porque será útil si luego de practicada legalmente la prueba es idónea para demostrar que el daño no existió, o que existió y hay o no lugar a su reparación; o para demostrar la existencia o no de la actuación del sujeto de responsabilidad fiscal, o porque demuestre que no existe la relación de causalidad entre el daño y la conducta del agente.

### **1.2.- La Prueba para la responsabilidad fiscal del sujeto de control y vigilancia fiscal: Certeza, Duda y opinión.**

El artículo 23 de la Ley 610 de 2000, dispone que el fallo de responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

La certeza es el estado mental de seguridad de la existencia de los hechos, conductas, actuaciones, del daño, de la relación de causalidad entre el daño y la actuación del agente, y a eso apunta el fin de la prueba, es decir, llevar a la inteligencia del juzgador la convicción suficiente de la existencia o inexistencia total o parcial de los elementos de la responsabilidad fiscal y con ello producir el fallo absolviendo o condenando al sujeto de control fiscal.

La duda es el estado mental de inseguridad, sobre la existencia o no de responsabilidad fiscal, esto es, que la prueba no es suficiente para demostrar la existencia de la conducta o actuación del sujeto de control fiscal, como tampoco es suficiente para demostrar la existencia del daño, y de la relación de causalidad entre el daño y la actuación del agente.

Por ejemplo, si en una obra pública de malla vial, se produjo una grieta, avería o ruptura de una losa, y la prueba no alcanza a demostrar la verdadera causa del siniestro, no es posible en derecho atribuir o imputar la responsabilidad al constructor de la vía, o al contratista que le hace mantenimiento. Es decir, existe la duda sobre si el siniestro se produjo por una construcción defectuosa, o por la mala calidad del mantenimiento, en este caso existe duda y no habrá declaración de responsabilidad fiscal ni para el contratista constructor de la vía, como tampoco para el contratista que posteriormente le hizo el mantenimiento de la vía, pues existe duda sobre si la causa eficiente del siniestro es atribuible a la mala construcción o al mal mantenimiento de la obra.

La opinión, es la manifestación que expresa una persona con fundamento en sus conocimientos especializados de carácter técnico, científico, jurídico o artístico, que requiere ser validado por otros profesionales, gremios, expertos o por la convicción a que llegue el juez reforzada por los distintos medios probatorios, pero que con la simple opinión jamás se podrá producir decisión en uno u otro sentido en relación con la responsabilidad fiscal de un sujeto.

### **1.3.- Medios Probatorios.**

De conformidad con el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, sirve como medios probatorios en el proceso de responsabilidad fiscal por remisión expresa, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cuales quiera otro medio probatorio que sean útiles para la formación del convencimiento del juez, tales como las pruebas científicas o electrónicas.

#### **1.4. Petición y Libertad de pruebas.**

El investigado en el proceso de responsabilidad fiscal o quien haya rendido exposición libre y espontánea, ya sea personalmente o por escrito que allegue al proceso con sujeción al artículo 33 constitucional, podrá pedir la práctica de pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las solicitadas conforme al artículo 24 de la Ley 610 de 2000, deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación.

Así mismo conforme al artículo 25 de la citada ley, el daño patrimonial al Estado, es decir, la aminoración que sufre el estado en su patrimonio que no tiene el deber jurídico de soportar, y la responsabilidad del investigado podrán demostrarse con cualquiera de los medios de prueba legalmente reconocidos, conforme al artículo 175 del Código de Procedimiento Civil.

#### **1.5. Apreciación integral de las pruebas**

El artículo 26 de la Ley 610 de 2000, señala que las pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal deberán apreciarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional.

Lo anterior, significa que el juez en la apreciación y valoración de la prueba, debe hacerlo de manera integral, esto es valorar y apreciar tanto las favorables como las desfavorables a los investigados, y así mismo llegar a la certeza mental de la prueba de los tres elementos de la responsabilidad fiscal. Este proceso de valoración se hace partiendo del contenido de cada una de las pruebas, su análisis individual y particular, para luego hacerlo en el contexto

de las circunstancias de tiempo modo y lugar, y luego debe hacer el funcionario una segunda operación mental que consiste en analizar la prueba desde una perspectiva de conjunto, es decir, integral, armonizando una y otra, a través del sistema de sana crítica, esto es, a través de un ejercicio integral de cada una de las aristas que ofrezcan las pruebas, tales como la crítica o beneficio de inventario que se hace del medio probatorio, de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos y de la forma en que lo representan las pruebas, y la forma de su recaudo. Así mismo, para llegar al grado de certeza necesario para establecer la responsabilidad del investigado a través la sana crítica como medio de apreciación o valoración probatoria, no es suficiente, porque por disposición del artículo 26 de la Ley 610 de 2000, debe acompañarse de la persuasión racional, y es la convicción íntima del juez de que la prueba representa los tres elementos de la responsabilidad fiscal, y para ello debe acudir a la realización de ejercicios de racionalidad, que no es otra cosa que la seguridad mental del juzgador sobre el tema a decidir.

#### **1.6. Comisión para la práctica de pruebas.**

Conforme al artículo 27 de la Ley 610 de 2000, el funcionario competente para tomar las decisiones sobre la práctica de pruebas dentro del proceso de responsabilidad fiscal, podrá comisionar para la práctica de pruebas a funcionario idóneo, que puede ser dentro de la sede territorial o por fuera de ella, pues la norma para el proceso de responsabilidad fiscal es especial y no lo prohíbe, luego existe la institución de la permisión que consiste en que si la ley especial no la prohíbe, se puede comisionar.

#### **1.7. Apreciación integral de las pruebas**

En el derecho de la responsabilidad fiscal se tiene previsto, que las pruebas obrantes válidamente en un proceso judicial, de responsabilidad fiscal, administrativo o disciplinario, podrán trasladarse en copia o fotocopia al proceso de responsabilidad fiscal y se apreciarán de acuerdo a las reglas preexistentes, es decir, conforme a las reglas de la sana crítica y de persuasión racional, según la naturaleza de cada medio probatorio, ya sea la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cuales quiera otro medio probatorio que sean útiles para la formación del convencimiento del juez, tales como las pruebas científicas o electrónicas. Las pruebas deben ser valoradas en su integridad, tanto las favorable como las desfavorables al investigado o imputado.

Los hallazgos encontrados en las auditorías fiscales tendrán validez probatoria dentro del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que sean recaudados con el lleno de los requisitos sustanciales, de ley, so pena de ser declarada prueba nula de pleno derecho, o prueba inexistente que es lo mismo, al ser recaudada u obtenida con violación al debido proceso, conforme al artículo 29 constitucional y artículo 28 de la Ley 610 de 2000.

#### **1.8.- Aseguramiento de las pruebas fiscales.**

Es la facultad que tienen los servidores públicos de las contralorías, en ejercicio de las facultades de policía judicial, para tomar las medidas que sean necesarias para asegurar que los elementos de prueba no sean alterados, ocultados o destruidos. Con tal fin, los funcionarios podrán disponer vigilancia especial de las personas, de los muebles o inmuebles, el sellamiento de estos, la retención de medios de transporte, la incautación de



papeles, libros, documentos o cualquier otro texto informático o magnético.

#### **1.9. Pruebas inexistentes o nulas de pleno derecho.**

De conformidad con el artículo 29 constitucional y el artículo 30 de la Ley 610 de 2000, son nulas de pleno derecho, es decir, inexistentes, aquellas pruebas recaudadas sin el lleno de las formalidades sustanciales o en forma tal que afecte los derechos fundamentales del investigado, tales como el debido proceso, el derecho de defensa y el derecho de intervenir en su práctica y la oportunidad que tiene el investigado a controvertir las pruebas.

#### **1.10. Visitas especiales o visitas fiscales.**

En la práctica de visitas especiales o fiscales, el funcionario investigador procederá a examinar y reconocer los documentos, hechos y demás circunstancias relacionadas con el objeto de la diligencia y simultáneamente irá extendiendo la correspondiente acta, en la cual anotará pormenorizadamente los documentos, hechos o circunstancias examinadas y las manifestaciones que bajo la gravedad del juramento hagan sobre ellos las personas que intervengan en la diligencia.

Cuando lo estime necesario, el investigador podrá tomar declaraciones juramentadas a las personas que intervengan en la diligencia y solicitar documentos autenticados, según los casos para incorporarlos al informativo.

De conformidad con el artículo 31 de la Ley 610 de 2000, la denominada visita especial, conocidamente ampliamente como la visita fiscal, es una prueba compleja en tanto contiene elementos de varios medios probatorios, tales como declaración juramentada, testimonio de

terceros y de inspección judicial. Debe observarse las formas propias para el recaudo de cada prueba, así esté contenida en una sola acta, para asegurar que su recaudo cumpla con los principios y garantías constitucionales tanto de orden procesal y sustancial y los derechos fundamentales de los afectados, so pena de incurrir en causal de nulidad de la prueba.

#### **1.11. Oportunidad para controvertir pruebas.**

El investigado dentro del proceso de responsabilidad fiscal, en ejercicio del derecho constitucional de orden fundamental al debido proceso, el derecho a la defensa material y técnica y el derecho a contradecir las pruebas, podrá controvertir las pruebas a partir de que rinda exposición libre y espontánea en la indagación preliminar, o a partir de la notificación del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, a través de los distintos mecanismos, herramientas y actuaciones procesales de que dispone la ley, según el artículo 32 *Ibídem*.

### **2.- Régimen de impedimentos y recusaciones y de conflicto de intereses en el proceso de responsabilidad fiscal.**

Las causales de impedimentos y recusación aplicables a los servidores públicos intervinientes en el trámite de las indagaciones preliminares y en los procesos de responsabilidad fiscal, por expresa disposición del artículo 113 de la Ley 1474, son las previstas en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### **2.1. Declaración de impedimentos por parte de los servidores públicos que conozcan de indagaciones preliminares y/o de procesos de responsabilidad fiscal.**

De conformidad con el artículo 33 de la Ley 610 de 2000, los servidores públicos que conozcan de indagaciones preliminares y/o procesos de responsabilidad fiscal en quienes concurra alguna causal de conflicto de interés, recusación o impedimentos, deberán declararse impedidos tan pronto como adviertan la existencia de la misma, so pena de incurrir en causal de nulidad de las actuaciones que adelante, pero también en falta disciplinaria gravísima prevista en el artículo 48 del CDU.

## **2.2. Causales de conflicto de intereses, impedimentos y recusaciones del artículo 11 de la Ley 1474 de 2011.**

El artículo 34 de la Ley 610 de 2000, disponía que las causales de impedimento y recusación para los servidores públicos que ejercen la acción de responsabilidad fiscal, las establecidas en los Códigos Contencioso Administrativos, de Procedimiento Civil y Procedimiento Penal. Pero ésta norma fue derogada por el artículo 113 de la Ley 1474 que dispuso que las causales de impedimentos y recusaciones y los conflictos de intereses de los servidores públicos de la contraloría que conozca de indagaciones preliminares y/o procesos de responsabilidad fiscal son las previstas en el artículo 11 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011.

### **2.2.1. Causales de conflicto de intereses, impedimento y recusaciones del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.**

Como lo señalamos antes, éstas son las únicas causales de impedimentos, recusaciones y de conflicto de intereses aplicables a los servidores públicos que conocen de indagaciones preliminares y de procesos de responsabilidad fiscal, contenidas en el artículo 11 del nuevo

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, veamos:

ARTICULO 11 de Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación. Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, éste deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control, decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.
2. Haber conocido del asunto en oportunidad anterior, el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes arriba indicados, curador o tutor de persona interesada en el asunto.
4. Ser alguno de los interesados en la actuación administrativa: representante, apoderado, dependiente, mandatario o administrador de los negocios del servidor público.
5. Existir litigio o controversia ante autoridades administrativas o jurisdiccionales entre el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1o, y cualquiera de los interesados en la actuación, su representante o apoderado.

6. Haber formulado alguno de los interesados en la actuación, su representante o apoderado, denuncia penal contra el servidor, su cónyuge, compañero permanente, o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, antes de iniciarse la actuación administrativa; o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos a la actuación y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

7. Haber formulado el servidor, su cónyuge, compañero permanente o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, denuncia penal contra una de las personas interesadas en la actuación administrativa o su representante o apoderado, o estar aquellos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.

8. Existir enemistad grave por hechos ajenos a la actuación administrativa, o amistad entrañable entre servidor y alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado.

9. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

10. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las personas interesadas en la actuación

administrativa o su representante o apoderado en sociedad de personas.

11. Haber dado el servidor consejo o concepto por fuera de la actuación administrativa sobre las cuestiones materia de la misma, o haber intervenido en esta como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo. Sin embargo, no tendrán el carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración.

12. Ser el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1o, heredero o legatario de alguna de las personas interesadas en la actuación administrativa.

13. Tener el servidor, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, decisión administrativa pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe resolver.

14. Haber hecho parte de la lista de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado en el periodo electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos periodos anteriores.

15. Haber sido recomendado por el interesado en la actuación administrativa para llegar al cargo que ocupa el servidor público o haber sido señalado por este como referencia con el mismo fin.

16. Dentro del año anterior, haber tenido interés directo o haber actuado como representante, asesor, presidente, gerente, director, miembro de la junta directiva o socio de

gremio, sindicato, sociedad, asociación o grupo social o económico interesado en el asunto objeto de definición.

### **2.2.2. Causales de impedimento y recusaciones del Código de Procedimiento Civil para los procesos de jurisdicción coactiva de competencia de las Contralorías.**

Como quiera que el artículo 113 de la Ley 1474 de 2011 dispone que las únicas causales de impedimentos y recusaciones para los servidores públicos que conocen de las indagaciones preliminares y de los procesos de responsabilidad fiscal son las establecidas en el artículo 11 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA-, debe observarse que la mencionada norma no se refiere a los procesos de jurisdicción coactiva de competencia de las contralorías, razón por la cual las causales de recusación e impedimentos aplicable en estos procesos son las del Código de Procedimiento Civil y en lo no establecido allí las del Código de Procedimiento Penal, conforme al artículo 113 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 66 de la Ley 610 de 2011, Veamos:

ARTÍCULO 150. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 88 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso.
2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus

parientes indicados en el numeral precedente.

3. Ser el juez, cónyuge o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

4. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados, guardador de cualquiera de las partes.

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.

6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge o alguno de sus pariente indicados en el numeral 3., y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.

7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el juez, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso, o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.

8. Haber formulado el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, denuncia penal contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquéllos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.

9. Existir enemistad grave por hechos ajenos al proceso, o a la ejecución de la sentencia, o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.

10. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad,



primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

11. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.

13. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredado o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.

14. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

### **2.2.3. Causales de Impedimento y recusaciones del Código de Procedimiento Penal.**

Estas solo se aplican a los procesos de jurisdicción coactiva de las contralorías en las no contemplado en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, veamos:

**ARTÍCULO 56. CAUSALES DE IMPEDIMENTO.** Son causales de impedimento:

1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.
2. Que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, de su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
3. Que el funcionario judicial, o su cónyuge o compañero o compañera permanente, sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del apoderado o defensor de alguna de las partes.
4. Que el funcionario judicial haya sido apoderado o defensor de alguna de las partes, o sea o haya sido contraparte de cualquiera de ellos, o haya dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso.
5. Que exista amistad íntima o enemistad grave entre alguna de las partes, denunciante, víctima o perjudicado y el funcionario judicial.
6. Que el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso, o sea cónyuge o compañero o compañera permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, del funcionario que dictó la providencia a revisar.
7. Que el funcionario judicial haya dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale al efecto, a menos que la demora sea debidamente justificada.

8. Que el fiscal haya dejado vencer el término previsto en el artículo 175 de este código para formular acusación o solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento.

9. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, sea socio, en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada o en comandita simple o de hecho, de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado.

10. Que el funcionario judicial sea heredero o legatario de alguna de las partes, del denunciante, de la víctima o del perjudicado, o lo sea su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

11. Que antes de formular la imputación el funcionario judicial haya estado vinculado legalmente a una investigación penal, o disciplinaria en la que le hayan formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por alguno de los intervinientes. Si la denuncia o la queja fuere presentada con posterioridad a la formulación de la imputación, procederá el impedimento cuando se vincule jurídicamente al funcionario judicial.

12. Que el juez haya intervenido como fiscal dentro de la actuación.

13. Que el juez haya ejercido el control de garantías o conocido de la audiencia preliminar de reconsideración, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.

14. Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía

General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.

15. Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso.

### **2.3. Procedimiento en caso de impedimentos y recusaciones.**

De conformidad con el artículo 35 de la Ley 610 de 2000, el funcionario impedido o recusado pasará el proceso a su superior jerárquico o funcional, según el caso, fundamentando y señalando la causal existente y si fuere posible aportará las pruebas pertinentes, a fin de que el superior decida de plano si acepta el impedimento o la recusación y en caso afirmativo a quien ha de corresponder su conocimiento o quién habrá de sustituir al funcionario impedido o recusado.

Cuando haya dos o más funcionarios competentes para conocer de un mismo asunto y uno de ellos se declare impedido o acepte la recusación, pasará el proceso al siguiente, quien si acepta la causal evocará el conocimiento. En caso contrario, lo remitirá al superior jerárquico o funcional, según el caso, para que resuelva de plano la legalidad del impedimento o recusación.

Por disposición del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en relación al trámite de los impedimentos y recusaciones y manifestaciones de conflicto de intereses se aplican las normas especiales previstas en el artículo 35 de la Ley 610 de 2011, y en lo no regulado en ella se aplica el procedimiento previsto en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011.

#### **4. Régimen de nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal.**

Las nulidades procesales son aquellas que buscan sanear el proceso de aquellos vicios que contrarían las formas propias del juicio que anuncia el artículo 29 constitucional. Es por ello que la nulidad puede ser total o parcial, evento en el cual se ordena reponer la actuación a partir del momento en que se declara nula la actuación, disponiendo además en la providencia que así lo declara, las actuaciones que quedan exentas de la nulidad declarada.

El servidor público competente que advirtiendo la causal de nulidad de las actuaciones no la declararen de oficio o a petición de parte, incurrirá en falta disciplinaria gravísima por violación a los derechos fundamentales constitucionales del investigado, conforme a la ley 734 de 2002.

##### **4.1.-Causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal.**

El artículo 36 de la Ley 610 de 2000, señala como causales de nulidad del proceso de responsabilidad fiscal, para que sean declaradas por el funcionario de conocimiento del proceso, las siguientes:

a.- La falta de competencia del funcionario para conocer y fallar.

b.-La violación al derecho de defensa del implicado.

c.-la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

### **3.2.- Saneamiento de nulidades en el proceso de responsabilidad fiscal.**

De conformidad con la Ley 610 de 2000, artículo 37, en cualquier etapa del proceso en que el funcionario advierta que existe alguna de las causales de nulidad del proceso de responsabilidad fiscal o de parte de él, decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo, para que subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservarán su validez.

### **3.3. Término y oportunidad para proponer nulidades.**

Las causales de nulidades podrán proponerse hasta antes de proferirse el fallo definitivo, y en la respectiva solicitud se precisará la causal invocada y se expondrán las razones que la sustenten. Sólo se podrá formular otra solicitud de nulidad por la misma causal por hechos posteriores o por causal diferente. Contra el auto que resuelva las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación.

## **5. Actuaciones administrativas en el proceso de responsabilidad fiscal, etapas y acto administrativo que concluye la actuación.**

El proceso de responsabilidad fiscal, está integrado por el conjunto de etapas o fases procesales, en virtud de las cuales el titular de la acción fiscal que son las contralorías, previas las formalidades propias del juicio y mediante decisión motivada fundada en pruebas recaudadas conforme al debido proceso, establece la responsabilidad fiscal o no de un sujeto de control fiscal, a atención a los elementos de la responsabilidad fiscal, esto es la

actuación del sujeto fiscal, el daño y la relación de causalidad entre el daño y la actuación del agente.

### **5.1. La indagación preliminar de naturaleza fiscal.**

Hay lugar a indagación preliminar, conforme al artículo 39 de la Ley 610 de 2000; cuando no existe certeza sobre:

a.- La ocurrencia del hecho

b.-La causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento

c.- La entidad pública afectada

d.-La determinación de los presuntos responsables

En los eventos anteriores podrá ordenarse la indagación preliminar por un término máximo e improrrogable de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Las Contralorías tienen competencia para iniciar indagación preliminar de orden fiscal directamente, ya sea de oficio, por queja ciudadana o compulsa de copias que le formule cualquier autoridad pública o servidor público que conozca o tenga conocimiento en razón a sus funciones o ejercicio del cargo público, la existencia de presuntos hechos, actuaciones o daño patrimonial a los bienes del Estado. En éste caso la Contraloría indagará, a través de la apertura de indagación preliminar, cuando quiera que no exista certeza sobre la

ocurrencia del hecho; la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento; la entidad pública afectada; y la determinación de los presuntos responsables. Para ello ordenará la apertura de la indagación preliminar, y si luego de culminarla encontrare que no se da la certeza probatoria de las circunstancias antes escrita, ordenará el archivo de las diligencias, y solo podrá reabrir las cuando sobrevengan nuevos hechos o pruebas que den lugar a continuar con la indagación preliminar o a ordenar la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

Lo que no es conforme a derecho, es que las Contralorías decidan reabrir una indagación preliminar que ha sido archivada, sin justificación alguna, es decir, cuando se ha archivado la indagación preliminar debidamente motivada, esta decisión debe permanecer incólume, mientras no sobrevengan nuevas pruebas o hechos que no fueron valorados o tenidos en cuenta en la decisión de archivo de la indagación preliminar, lo que conduce a que se puede reabrir las diligencias en derecho soportados por las pruebas o hechos subsiguientes y sobrevinientes. Lo contrario, es decir, reabrir la indagación preliminar, fundada sólo en que no se comparten las motivaciones de la decisión, constituye una vía de hecho, sin amparo en norma jurídica alguna, pues ello atentaría contra la seguridad jurídica de las decisiones que toman los servidores públicos en ejercicio de sus funciones y competencias, bajo las formalidades legales y propias del procedimiento administrativo de orden fiscal en cada una de sus etapas, ya sea de indagación preliminar, de la investigación o juicio fiscal respectivo.

Pero cuando la actuación fiscal precede de un informe de auditoría, lo ordinario y común es que una vez la Auditoría fiscal da traslado del informe de auditoría y de los hallazgos fiscales a la autoridad competente de naturaleza fiscal, se ordene la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, pues el proceso auditor cuando establece eventuales daños patrimoniales, debe estructurar el hallazgo señalando con certeza aquellos elementos de los



que se ocupa la indagación preliminar de orden fiscal. De allí, que si no existe certeza de dichos elementos, lo procedente no es ordenar la apertura de la indagación preliminar, sino que se devuelva el hallazgo fiscal, para que los auditores fiscales en el nuevo proceso de auditoría incluyan el eventual daño patrimonial, y establezcan si hay lugar a estructurar el hallazgo o si por el contrario determinan que no hay lugar a ello porque no se dan los elementos que dan lugar a la indagación preliminar.

Lo anterior, no obsta para que los Contralores tomen la decisión de no devolver el hallazgo a los auditores, sino que también pueden ordenar dar traslado de la noticia fiscal al órgano competente para adelantar la indagación preliminar de orden fiscal correspondiente.

La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia del conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que haya causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.

## **5.2. Apertura del proceso de responsabilidad fiscal.**

De conformidad con el artículo 40 de la Ley 610 de 2000, cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, y con ello se da lugar a la formal apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

En el momento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de de

que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso, contra el cual no procede recurso alguno.

Sin con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal, es decir, control fiscal de gestión, financiero, de legalidad, de valoración de los costos ambientales y de revisión de cuentas cuyos resultados arrojen resultados satisfactorios, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada, se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal.

En este caso, debe dentro de la actuación probarse por los medios establecidos en el Código de Procedimientos Civil y el Código de Procedimiento Penal con las garantías constitucionales y legales a los afectados, el carácter fraudulento e irregular de las operaciones revisadas, para lo cual debe garantizarse el derecho de contradicción y defensa. Es importante señalar, que las autoridades competentes del proceso de responsabilidad fiscal debe haber establecido mediante los medios probatorios existentes el daño patrimonial a los bienes del Estado junto con sus características, estos es que el daño debe ser cierto, debe ser actual por oposición al daño eventual, la administración no debe estar obligada a soportarlo, y que éste tenga como consecuencia un perjuicio a la administración consistente en la aminoración injustificado del patrimonio público estatal.

Así mismo, la autoridad competente para el proceso de responsabilidad fiscal, debe contar con las pruebas que le den la certeza o de serios indicios sobre los posibles autores del mismo. Sea la oportunidad para llamar la atención, de la valoración que en ocasiones hacen los funcionarios competentes en el proceso de responsabilidad fiscal, como también los que auditores que estructuran los hallazgos fiscales, pues realizan en ocasiones estudios superficiales del daño patrimonial, de tal manera que desgastan los recursos físicos,

económicos y humanos de las contralorías, adelantando proceso de responsabilidad fiscal, por daños patrimoniales existentes, es decir, desde el momento mismo de la estructuración del hallazgo fiscal, de la apertura de la indagación preliminar o de la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, es fácil detectar que no hay lugar a su configuración y que por ello debería abstenerse de adelantar la correspondiente actuación. En ocasiones también ocurre, que se prueba la existencia del daño, pero también la condición del daño que consiste en que la administración pública está obligada a soportarlo, entonces no hay lugar a estructurarlo como hallazgo fiscal dentro del proceso auditor, o no hay lugar a ordenar la apertura de la indagación preliminar y menos del proceso de responsabilidad fiscal.

De otra parte, debe hacerse un esfuerzo probatorio suficiente, con el fin de establecer los posibles autores, y establecer el alcance de la conducta dentro de la cadena de valor, pues es necesario que se vincule como posibles autores a todos aquellos que contribuyeron a la ocurrencia del daño patrimonial, pero teniendo como causa eficiente entre la conducta del sujeto y la producción del daño, no el cargo que desempeña, sino las funciones señaladas por la Constitución, la Ley y los reglamentos especiales para el sujeto del control fiscal vinculado a la actuación fiscal en cualquiera de sus etapas.

De allí, que es necesario precisar, que la responsabilidad objetiva está proscrita igualmente en materia fiscal, esto, es nadie será responsable fiscal, sino es por la existencia de una relación de causalidad entre el daño producido y la actuación de un sujeto de control fiscal determinada por las funciones atribuidas a su desempeño en relación a la salvaguarda del patrimonio público, en cuanto sea gestor fiscal. Luego, no es conforme a derecho que en los hallazgos a actuaciones terminen vinculado un sujeto de control fiscal, sólo porque sea el titular de un cargo dentro de la entidad pública, o el representante legal de la entidad o jefe del organismo.

### **5.3. Requisitos y contenido del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.**

Los requisitos del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal son los siguientes, conforme al artículo 41 de la Ley 610 de 2000.

a.- Competencia del funcionario de conocimiento. La competencia estará determinada por las normas que fijan la estructura, organización y funcionamiento tanto de la Contraloría General de la República, como de las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales, en donde los Concejos Municipales conforme a la ley, las hayan creado y organizado.

b.- Fundamentos de hecho: En este caso, la providencia debe relatar las actuaciones, ya por acción u omisión que dan lugar a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, indicando si el hecho es de ejecución instantánea, o de tracto sucesivo o ejecución continua, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido, en síntesis, debe realizarse una descripción precisa de los hechos que dan lugar a la correspondiente apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

c.- Fundamentos de Derecho. Consiste en la indicación de las normas del ordenamiento jurídico que dan lugar tanto a la actuación procesal, como a la sustancial, esto es, aquellas normas que señalaban el deber funcional del sujeto de control fiscal y que su transgresión dieron lugar a la configuración del daño.

d.- Identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales. En

este punto, es importante precisar la individualización de la entidad pública que se constituye en el sujeto pasivo del daño, pero también debe identificarse cuáles son los sujetos presuntamente responsables, esto es a qué personas naturales o jurídicas se les atribuye el daño fiscal.

e.- La determinación del daño patrimonial al Estado y la estimación de sus cuantía. Es aquí donde la entidad debe definir el daño, su naturaleza, alcance, la estimación de su cuantificación, señalando de manera motivada la existencia y concurrencia de éstos elementos. No puede ser una transcripción del hallazgo trasladado producto del proceso auditor, porque el funcionario competente del proceso de responsabilidad fiscal, tiene la función de la valoración del mismo, y tomar decisiones sobre el daño, su alcance, naturaleza y estimación de su cuantificación.

f.-Decreto de las pruebas que se consideren pertinentes y conducentes. En este caso, recordemos que por definición constitucional toda providencia de estar debidamente motivada y fundada en pruebas legalmente decretadas, practicadas y aportadas conforme a las formas propias del juicio, el derecho a la defensa, el debido proceso y específicamente el derecho de contradicción. De allí, que el servidor público competente decretará todas las pruebas correspondientes, previa publicidad e intervención de los afectados, para lo cual invitará a los investigados a que participen en su recaudo.

De allí, que debe tenerse en cuenta que los peritazgos, inspecciones, visitas fiscales, será conforme a las garantías propias reconocidas por el ordenamiento jurídico a los afectados, se debe correr traslado de los dictámenes a los investigados, para que conforme a las normas procesales procedan a solicitar aclaraciones, adiciones, complementaciones, actualizaciones, a presentar objeciones etc. Téngase en cuenta, que en el proceso de responsabilidad fiscal,

para efectos de establecer los mayores valores, sobre precios, precios del mercado, daños patrimoniales por contratos por valores superiores a las condiciones normales del mercado, debe tenerse en cuenta las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se realizó el estudio de mercado, la época en que se realizaron los estudios de precios, la época en que se suscribió el contrato, los costos asociados a los productos etc.

Lo anterior indica, que debe tenerse en cuenta el valor de los productos colocados en el lugar de su destino final, los costos asociados a su transporte, envío, conservación, ubicación, bodegaje seguros de transportes etc. Así mismo, cuando se requiera hacer estudios a través de cotizaciones, debe tenerse en cuenta que éstas deben solicitarse a las establecimientos vendedores que cumplan con los deberes del comerciante establecidos tanto en el Código de Comercio como en las normas tributarias, así como también las cotizaciones deben solicitarse teniendo en cuenta las características específicas de los bienes y servicios adquiridos, y los precios para la época de su adquisición y las circunstancias volátiles, estándares o fijas del mercado en cuanto a su precios y consecución, disponibilidad y acceso.

g.-El Decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar, las cuales deberán hacerse efectivas antes de la notificación del auto de apertura de los presuntos responsables. En este caso puede tomarse las medidas teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, esto es, apertura de proceso de responsabilidad fiscal, no es ni puede ser sinónimo de la toma de medidas cautelares. El servidor público responsable, toma las medidas teniendo en cuenta el grado de certeza que suministre la prueba sobre la existencia del daño, su alcance, su cuantificación, la prueba de su autor o coautor, y de la valoración razonable de que de no tomarse las medidas cautelares está en riesgo el patrimonio público, por evidencia o inminencia de insolvencia o por concurrencia de acreedores o de otras

medidas cautelares.

Conforme al mencionado juicio de razonabilidad y proporcionalidad y de acuerdo a la naturaleza de los bienes, se determina en qué casos decreta embargo y secuestro, o solo embargos, pero también la cuantía de los mismos. El funcionario del control fiscal, será responsable de la extralimitación de funciones en la toma de las medidas cautelares, ya por exceso, desproporción o improcedencia de las misma.

h.-Solicitud a la entidad donde el servidor público esté o haya estado vinculado, para que ésta informe sobre el salario devengado para la época de los hechos, los datos sobre su identidad personal y su última dirección conocida o registrada; e igualmente para enterarla del inicio de las diligencias fiscales.

i.- la orden de notificar a los presuntos responsables de la decisión.

#### **5.4. Garantía de defensa del implicado persona natural, jurídica, consorcio o unión temporal.**

El artículo 42 de la Ley 610 de 200, dispone que el sujeto de la indagación preliminar, o del proceso de responsabilidad fiscal que tenga conocimiento de diligencias fiscales en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

En nuestro sentir, la versión libre como su nombre lo indica es espontánea y por tanto un derecho del investigado, por tanto puede tomar la decisión de asistir a ella, con o sin apoderado, pero desde luego también tienen la opción de concurrir personalmente a rendirla o también a través de escrito o memorial que radique ante el servidor público correspondiente. En ocasiones, algunos servidores públicos del proceso de responsabilidad fiscal, han interpretado que la versión libre y espontánea tienen que ser rendida personalmente. Frente a ello observamos que semejante interpretación no tiene soporte jurídico alguno, pues siendo esta diligencia un derecho y una garantía del investigado, no tiene el contralor ni sus funcionarios porque interpretar la norma restrictivamente y de manera desfavorable al titular de las garantías constitucionales y legales que es desde luego el procesado.

#### **4.5. Nombramiento de apoderado de oficio.**

Si el implicado no pudiere ser localizado o citado y no comparece a rendir la versión libre, se le nombrará apoderado de oficio con quien se continuará el trámite del proceso, para lo cual se podrán designar miembros de los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho legalmente reconocidas o de las listas de los abogados inscritos en las listas de auxiliares de la justicia conforme a la ley, quienes no podrán negarse a cumplir con este mandato so pena de incurrir en las sanciones legales correspondientes.



## **5.6. Vinculación del garante del contrato al proceso de responsabilidad fiscal, artículo 44 de la Ley 610 de 2000.**

Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

La vinculación se surtirá mediante la comunicación del auto de apertura del proceso al representante legal o al apoderado designado por éste, con la indicación del motivo de procedencia de aquella.

## **5.7. Término de la investigación fiscal y evaluación del mérito probatorio.**

De conformidad con los artículo 45 y 46 de la Ley 610 de 2000, el término para adelantar las diligencias propias del la investigación fiscal es de tres meses, prorrogables por dos meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado. Así mismo, vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada según sea del caso.

### **5.7.1.- Auto de Archivo de la investigación fiscal.**

El funcionario del proceso de responsabilidad fiscal, deberá proferir el auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad fiscal o se demuestre que la

acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma, conforme al artículo 47 de la Ley 610 de 2000.

En esta oportunidad, el funcionario debe valorar la existencia del hecho, esto es, si definitivamente este no existió, dará lugar al archivo de las diligencias. Así mismo, si el hecho existió, pero no es constitutivo o causa eficiente del daño patrimonial, igualmente debe archivar las diligencias.

De otra parte, si el daño existe, pero es de aquellos que la administración pública está obligado a soportar, o porque no teniendo el deber de soportar no es consecuencia de la actuación de los implicados, deberá archivar a favor de los investigados o a favor de parte de ellos, y proseguir contra los que dieron lugar con su conducta, comportamiento o actuación a la configuración del daño, existiendo relación de causalidad entre el daño, el deber de reparar, y la imputación, todo partiendo de las funciones específicas de cada uno de los implicados.

Con la lógica anterior, observamos que si el daño o la actuación no comporta gestión fiscal, o se resarcó el daño causado hay lugar a su archivo, pero así mismo cuando existe una causal excluyente de responsabilidad, como cuando el daño es causado por culpa, omisión del mismo Estado, porque no le dio las herramientas al gestor fiscal para salvaguardar los bienes estatales, o porque se produjo por el hecho de un agente tercero estatal, o por fuerza mayor o caso fortuito. En esos casos, junto con la ocurrencia de la caducidad y la prescripción debe producirse el archivo definitivo de las diligencias.

#### **5.7.2.- Auto de imputación de responsabilidad fiscal.**

Dispone el artículo 48 de la Ley 610 de 2000, que el funcionario competente, proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.

El auto de imputación de responsabilidad fiscal deberá contener:

a.- La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.

b.-La indicación y valoración de las pruebas practicadas.

c.-La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

Esta etapa procesal es determinante en materia probatoria para la realización de la imputación, puesto que las pruebas tiene dos objetos bien definidos a saber: La prueba del daño y su cuantificación, y la prueba de la relación de causalidad entre el daño la actuación y el sujeto de control fiscal responsable. Es el fenómeno que conocemos como la imputación del daño, y es que una vez se establezca el daño, debe establecerse el deber de reparar que recae necesariamente en el imputado en relación a sus deberes funcionales previstos en la competencias, funciones y atribuciones descritas en el ordenamiento jurídico-constitución, ley, reglamento o manuales de funciones-.

#### **5.7.2.1.- Notificación del auto de imputación de responsabilidad fiscal.**

El auto de imputación de responsabilidad fiscal se notificará a los presuntos responsables o a sus apoderados si los tuvieren y a la compañía de seguros si la hubiere, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo, conforme al artículo 49 de la Ley 610 de 2000.

Si la providencia no se hubiere podido notificar personalmente a los implicados que no estén representados por apoderado, surtida la notificación por edicto se les designará apoderado de oficio, con quien se continuará el trámite del proceso. Para estos efectos se designará apoderado de oficio.

#### **5.7.2.2.- Traslado para presentar argumentos de defensa frente a la imputación.**

Conforme al artículo 50 de la Ley 610 de 2000, los presuntos responsables fiscales dispondrán de un término de diez días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer, lapso durante el cual el expediente debe permanecer disponible en Secretaría.

#### **5.7.2.3.- Decreto y práctica de pruebas.**

Vencido el término de traslado a los presuntos responsables, el funcionario competente ordenará mediante auto la práctica de las pruebas solicitadas o decretará de oficio las que considere pertinentes y conducentes, por un término de treinta días. El auto que decrete o rechace las pruebas deberá notificarse por estado al día siguiente de su expedición.

Contra el auto que rechace la solicitud de pruebas procederán los recursos de reposición y apelación; esta última se concederá en el efecto diferido. Los recursos deberán interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el Código Contencioso Administrativo. Artículo 51 de la Ley 610 de 2000.

#### **4.8. Término para proferir fallo con o sin responsabilidad fiscal.**

Vencido el término de traslado y practicada las pruebas pertinentes, el artículo 52 de la Ley 610 de 2000 dispone que el funcionario competente proferirá decisión de fondo, denominada fallo con o sin responsabilidad fiscal, según el caso, dentro de los treinta días siguientes.

##### **5.8.1.- Fallo con responsabilidad fiscal.**

El funcionario competente, proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público, su naturaleza, alcance, contenido, características, cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación del pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable, teniendo en cuenta la prueba del daño, de la imputación y el fundamento, que es el deber legal de reparar.

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de

precios al consumidor certificados por el DANE para los periodos correspondientes.

#### **5.8.2.- Fallo sin responsabilidad fiscal.**

El funcionario competente, conforme al artículo 54 de la Ley 610 de 2000, proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las implicaciones formuladas o no exista prueba de conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.

Esto es, que debe existir plena prueba de la actuación del sujeto de control fiscal, prueba que genere la certeza de la existencia del daño, y prueba de la relación de causalidad entre el daño y la actuación del agente fiscal, es decir, que el perjuicio es consecuencia de la actuación. Es tanto como afirmar probatoriamente que tiene que existir prueba del daño, prueba de la imputación, y prueba del fundamento de la misma. Se tienen que probar los tres elementos de la responsabilidad fiscal, uno solo que falte dará lugar a proferir el fallo de responsabilidad fiscal, pero también al archivo definitivo de las diligencias en cualquier etapa del proceso donde se pruebe de manera plena la inexistencia de uno de ellos.

#### **5.8.3.-Notificación del fallo y ejecutoria de la providencia.**

Conforme a los artículos 55 y 56 de la Ley 610 de 2000, la providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma y términos que establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA y contra ella proceden los recursos allí señalados, interpuestos y debidamente sustentados por quienes tengan interés jurídico ante los funcionarios competentes. Lo anterior indica, que contra la providencia proceden los recursos de la vía gubernativa de reposición, apelación

y queja.

De otra parte se observa que las providencias que deciden el proceso de responsabilidad fiscal quedarán ejecutoriadas, así:

- a.- Cuando contra ellas no proceda ningún recurso
- b.- Cinco días hábiles después de la última notificación
- c.- Cuando no se interpongan recursos
- d.- Cuando se renuncie expresamente a los recursos de la vía gubernativa
- e.- Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

#### **4.8.4 Segunda instancia de la providencia que decide el proceso de responsabilidad fiscal.**

El artículo 57 de la Ley 610 de 200, dispone que recibido el proceso, el funcionario competente de segunda instancia deberá decidir dentro de los veinte días hábiles siguientes.

El funcionario de segunda instancia podrá decretar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias para decidir la apelación, por un término de diez días hábiles, libres de distancia, pudiendo comisionar para su práctica.

Si existieren pruebas que no se pudieron practicar por culpa no atribuible a los implicados o a quien lo solicita, conforme al Código Contencioso Administrativo podrán decretarse y practicarse. Lo anterior indica que no solo procede el decreto y práctica de pruebas de

oficio, sino que en virtud del derecho constitucional de naturaleza fundamental de petición, los implicados le pueden solicitar al funcionario competente que decrete su práctica y que tenga en cuenta la aportada.

### **5.9. Consecuencias y efectos del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal.**

Una vez en firme el acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal de un sujeto del control fiscal, llámese el contratista, el interventor, la aseguradora, las personas naturales o los servidores públicos éste que está revestido de la presunción de legalidad surte todos sus efectos, esto es:

1.- Que surte todos los efectos legales que contiene, siempre que no haya sido suspendido provisionalmente o anulado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, o revocado directamente por el funcionario que lo profirió o por su superior funcional o jerárquico.

2.- Tiene el efecto de prestar mérito ejecutivo para la jurisdicción fiscal de naturaleza coactiva.

3. Tiene el efecto de investir a las contralorías para hacer efectivo el pago de la obligación dineraria que contiene, tal como la exigencia del pago inmediato por vía persuasiva o mediante la suscripción de acuerdos de pago.

#### **5.9.1. El mérito ejecutivo del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal.**



De conformidad con el artículo 58 de la Ley 610 de 2000, una vez en firme el acto administrativo que contiene el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las contralorías respectivas.

**5.9.2.- Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal.**

Los actos administrativos ejecutoriados que contienen los fallos con responsabilidad fiscal, solamente podrá demandarse ante el juez administrativo, el Acto Administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme, esto es el fallo con responsabilidad fiscal junto con las providencias que resuelvan la vía gubernativa, excluyendo los actos de trámite de indagación preliminar, los de apertura del proceso de responsabilidad fiscal y los del acto de imputación fiscal.

Lo anterior, conforme al artículo 59 de la Ley 610 de 2000, que fue declarado exequible mediante Sentencia C-557 del 31 de Mayo de 2001.

**5.9.3.- El Boletín de Responsables Fiscales.**

Según lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, declarado exequible mediante Sentencia C-877-05 de 23 de agosto de 2005, la Contraloría General de la República, publica trimestralmente un boletín de responsables fiscales, con los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya proferido fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Por lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6o. de la ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.

Las causas que dan lugar a la cancelación del registro en el Boletín de Responsables Fiscales, son todas aquellas actuaciones administrativas y judiciales que le suspendan o deroguen o anulen los efectos del correspondiente fallo, tales como La nulidad del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal por parte del juez administrativo, la suspensión provisional de dichos efectos por el juez administrativo en el auto admisorio de la demanda mientras se profiere fallo definitivo; la suspensión o declaración de pérdida de los efectos del acto administrativo que declare la responsabilidad fiscal, ya sea a través de una decisión judicial de tutela, acción de cumplimiento, de repetición o de acción popular, la revocatoria de los actos administrativos, el cumplimiento de la decisión contenida en el.

#### **5.9.4. Caducidad del contrato estatal como consecuencia de la inhabilidad sobreviniente que genera un fallo de responsabilidad fiscal contra un contratista estatal.**

La Corte Constitucional expresa que, *“la ley, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en reconocer en esta cláusula, una prerrogativa o privilegio que se le otorga al Estado para dar por terminado un contrato donde él es parte, cuando el contratista ha desplegado ciertas conductas o se presentan circunstancias que, en general, impiden el cumplimiento eficaz y adecuado del objeto contractual, hecho que hace necesaria la intervención rápida de la administración a fin de garantizar que el interés general involucrado en el contrato mismo no se afecte, porque de hecho se lesiona a la comunidad en general. Es decir, la caducidad del contrato es una potestad que se le reconoce al Estado como parte en él, para darlo por terminado.*

(...)

*Como la inclusión de la cláusula de caducidad en los contratos donde el Estado es parte, no es propia de la facultad sancionatoria que se le ha reconocido, sino de su especial condición, que lo faculta para dar por terminado un contrato, no se requiere el agotamiento de un procedimiento previo en donde el contratista y los terceros que puedan estar interesados en la ejecución de éste, deban ser escuchados sobre la procedencia o no de esta cláusula, pues ella, en sí misma, debe responder a hechos objetivos que debe alegar y demostrar el ente estatal, en el acto administrativo que se profiera para el efecto. Y es este acto, el que le permitirá al contratista ejercer su derecho de defensa, primero ante la administración y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso administrativa...”*

Las contralorías deberán solicitar a las autoridades administrativas contratantes que declaren la caducidad de los contratos, cuando dentro de un proceso de responsabilidad fiscal se encuentre responsable a dicho contratista; siempre y cuando se esté dentro del plazo de ejecución y previo a la liquidación del mismo. Lo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 61 de la Ley 610 de 2000.

#### **4.9.5. Inhabilidad para ejercer cargo o empleo público de elección o nombramiento y celebrar contratos estatales.**

De acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo 1º capítulo cuarto – título IV de la Ley 734 de 2002, quien haya sido responsable fiscalmente, se le declarará inhábil hasta por cinco (5) años a partir de la ejecutoria del fallo, para desempeñar cargos públicos y contratar con el Estado, que cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia el responsable no ha efectuado el pago o no ha sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil en los siguientes términos:

- Por cinco años si la cuantía es superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes,

- Por dos años si la cuantía es superior a 50 sin exceder los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes,

- Por un año si la cuantía es superior a 10 sin exceder los 50 salarios mínimos legales

mensuales vigentes, y

-Por tres meses si la cuantía es inferior o igual a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

#### **4.10. Control fiscal excepcional en el proceso de responsabilidad fiscal**

Si bien, el control fiscal es una función pública que debe ejercer la Contraloría General de la República tal como lo establece el artículo 267 de la Constitución Política, esta Entidad debe adelantar todos los procesos de responsabilidad fiscal que se deriven del ejercicio de la facultad excepcional de control dispuesta en la Constitución; esto, conforme al artículo 63 de la Ley 610 de 2000. Todo para garantizar el ejercicio de la unidad del control fiscal en Colombia, la unificación de la doctrina del control fiscal, que si bien la procuraduría en lo disciplinario ha desarrollado una doctrina autorizada e importante sobre la materia, la Contraloría General de la República está en deuda con la juridicidad fiscal, en la medida en que en aras de desarrollar toda una disciplina y doctrina en Colombia debe liderar su desarrollo a fin de contribuir con las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales en el desarrollo de los criterios auxiliares en garantía de la legalidad, del derecho a la igualdad y de los principios constitucionales de la función administrativa, que no solo es garantía de protección al patrimonio público, sino que también genera certeza y vigencia de las garantías procesales de los sujetos del control fiscal en Colombia.

#### **4.11. Constitución de parte civil, la participación de las contralorías como víctima en el proceso penal acusatorio e incidente de reparación integral.**

Los contralores, de acuerdo a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 610 de 2000, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos

que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliera con esta obligación, según lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley 190 de 1995. Así mismo, las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados. Esto para los procesos penales que se adelanten conforme al procedimiento penal contenido en la Ley 600 de 2000, pero para aquellos procesos penales que se adelantan en vigencia del actual sistema penal acusatorio, la contraloría está legitimada para hacerse parte en los procesos penales, a través del incidente de reparación integral cuya función u objetivo es la de lograr resarcir la indemnización de los perjuicios patrimoniales que le cause al Estado, la comisión de un delito, cuya intervención se puede intentar desde las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación.

#### **4.12. Remisión a otras fuentes normativas.**

Conforme al artículo 66 de la Ley 610 de 2000, en los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.

#### **4.13. Facultades de investigación de los organismos de control fiscal.**

El artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, otorga a las Contralorías en desarrollo de sus funciones constitucionales y legales las siguientes facultades:

"1. Adelantar las investigaciones que estimen convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de daño patrimonial al Estado originados en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna y que en términos generales no se aplique el cumplimiento de los cometidos estatales y de los fines esenciales del Estado.

2. Citar o requerir a los servidores públicos, contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado hayan conocido los hechos objeto de investigación.

3. Exigir a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados.

4. Ordenar a los contratistas, interventores y proveedores la exhibición y de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad.

5. En general, efectuar todas las diligencias necesarias que conduzcan a la determinación de conductas que generen daño patrimonial público".

Las contralorías adquieren la facultad de sancionar con multas de cinco a diez salarios mínimos mensuales vigentes cuando quiera que los comerciantes se rehusen a exhibir los libros de contabilidad, comprobantes, documentos contables, o atiendan requerimientos de

información, con miras a la realización de estudios de mercado que sirvan como prueba para la determinación de sobrecostos en la venta de bienes y servicios a las entidades públicas o privadas que administren recursos públicos.

## **CAPITULO QUINTO**

### **EL PROCESO DE JURISDICCIÓN COACTIVA Y EL FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL QUE PRESTA MÉRITO EJECUTIVO.**

#### **1. Generalidades del proceso de jurisdicción coactiva.**

El constituyente de 1991, con el fin de dotar a las contralorías de un mecanismo eficaz, garantizador de los derechos económicos estatales, y complementario del proceso de ejecución, instauró la posibilidad de ejercer la jurisdicción coactiva directamente.

Consideramos que la jurisdicción coactiva es un privilegio del Estado, que consiste en otorgar a la administración, la posibilidad de ejercer el cobro directo de las obligaciones derivadas del fallo del proceso de responsabilidad fiscal sin necesidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria.

De esta manera, no puede hablarse de control fiscal, como herramienta jurídica idónea para la preservación del patrimonio estatal, si no existe un medio complementario, eficaz, de cobro de las obligaciones derivadas del indebido manejo de los recursos públicos en cabeza de un servidor público en ejercicio de sus funciones. Dicho en otras palabras, no puede ejercerse a cabalidad el control y vigilancia de los recursos estatales por parte de la Contraloría, si ésta en el ejercicio de sus funciones, no puede adelantar procesos de



Responsabilidad fiscal ni ejercer cobros mediante la jurisdicción coactiva, ya que como resulta evidente, este es el único medio adecuado con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio estatal de los administrados.

De esta manera, la jurisdicción coactiva es entendida como única instancia administrativa, en la que se hacen cumplir obligaciones a favor del Estado mismo, sin necesidad de recurrir a las demás jurisdicciones ni estar incurso en actuaciones procesales dilatorias, pues prima la debida protección del erario público sobre la base del principio administrativo de eficiencia en el recaudo de los ingresos públicos.

El artículo 268, numeral 5, de la Carta política, otorgó a las contralorías la posibilidad de ejercer directamente su jurisdicción coactiva, con el fin de proteger los derechos económicos estatales con ocasión del Perjuicio causado por un sujeto de control Fiscal, en el ejercicio de la función pública, cuando este ha contribuido, mediante acción u omisión, al detrimento de los recursos públicos.

Así pues, la naturaleza jurídica del proceso de jurisdicción coactiva, establecida dentro de la Ley 42 de 1993, desde el artículo 90 al 98, y las modificaciones realizadas por el precepto legal 610 de 2000, consiste en direccionar el recaudo de las obligaciones fiscales que se deriven del fallo “condenatorio” en contra de un servidor público o agente particular, cuando con dicho fallo se de origen y creación aun título ejecutivo a favor del Estado.

## **2. Naturaleza jurídica del proceso de jurisdicción coactiva.**

La naturaleza jurídica de la jurisdicción coactiva expresada dentro de la ley 42 de 1993, con las modificaciones pertinentes dentro de la Ley 610 de 2000, está fundamentada en la

prerrogativa o privilegio, que el Estado brinda, constitucional y legalmente, al ente de control, para que éste, cobre directamente créditos a su favor con ocasión del inadecuado manejo del erario. Es decir, sin necesidad recurrir a la jurisdicción ordinaria. En palabras del profesor Uriel Amaya, la jurisdicción coactiva es “una facultad que incluso es considerada como uno de los privilegios exorbitantes de la administración (cobro unilateral, sin intervención del juez)”.

Siguiendo los lineamientos establecidos por el profesor Uriel Amaya, la naturaleza de esta clase de procesos no versa sobre la situación esencial que da origen al proceso de responsabilidad fiscal, sino que de manera directa, se cumple con la ejecución del fallo, obligando al deudor a pagar las sumas dinerarias correspondientes y proporcionales al resarcimiento el daño causado a la administración con motivo de la gestión fiscal. Es por esto, que la obligación debe tener las condiciones de claridad, exigibilidad y estar expresa dentro del título ejecutivo.

La Corte Constitucional al respecto dijo: *“La finalidad de la jurisdicción coactiva consiste en recaudar en forma rápida las deudas a favor de las entidades públicas, para así poder lograr el eficaz cumplimiento de los cometidos estatales. Pero esta justificación no es aplicable a entes que despliegan actividades semejantes a las de los particulares, aunque aquéllas también estén, de una u otra forma, destinadas a hacer efectivos los fines del Estado. La conversión de las entidades vinculadas en "jueces" y partes puede afectar el equilibrio de las relaciones entre aquéllas y los particulares, con quienes compiten libremente en actividades industriales y comerciales”.*

La Corte Constitucional, mediante sentencia T-445 de 1994, ha sostenido que *“La administración tiene privilegios que de suyo son los medios idóneos para el cumplimiento efectivo de los fines esenciales del Estado, prerrogativas que se constituyen en la medida en que solo a la administración se le*

*otorga la posibilidad de modificar, crear, extinguir o alterar situaciones jurídicas, en forma unilateral, con o sin el consentimiento de los administrados, incluso contra su voluntad”.*

Así las cosas, en torno a la naturaleza jurídica del proceso de jurisdicción coactiva, podemos decir que, en efecto podrá adelantarse siempre y cuando el organismo de control, actúe como autoridad administrativa en el ejercicio de su función recaudadora de la obligación fiscal.

Dice el Consejo de Estado que *“la jurisdicción coactiva es uno de los privilegios exorbitantes de las personas administrativas relacionadas por Hauriou, en virtud del cual las entidades de derecho público cobran por medio de sus representantes o recaudadores, las sumas que se les adeudan por impuestos o contribuciones especiales, haciendo confundir en apariencia en el empleado que ejerce la jurisdicción los caracteres de juez y parte.*

*Los créditos fiscales, que mediante esa jurisdicción se cobran han nacido en virtud de la facultad de imperio que tiene el Estado sobre los asociados; ellos suelen elegir unilateralmente a la vida jurídica y es quizás esa la diferencia más sustancial y trascendente que existe entre el juicio ejecutivo dentro de derecho privado y los que se siguen por la jurisdicción coactiva; el fundamento de aquellos son las relaciones que han nacido entre particulares en el comercio jurídico, las de estos son los actos de soberanía que se ejercitan por el Estado y demás entidades de derecho público y por medio de los cuales establecen tributos o contribuciones.*

*Pero ocurre que hay situaciones en que el acto unilateral de establecimiento de un impuesto o contribución tiene características especiales en virtud de vínculos contractuales preexistentes entre la administración y el presunto deudor, los cuales inciden en forma trascendental y a veces decisiva en la relación jurídica que puede surgir en tal hipótesis entre el Estado, como sujeto activo del tributo y el particular, como sujeto pasivo del mismo”*

Por su parte la Corte Constitucional, señala el proceso de jurisdicción coactiva es de naturaleza administrativa, tal y como aparece establecido en la sentencia del 12 de octubre de 1994 en la que la tesis se apoya en los siguientes términos: *“la administración tiene privilegios que de suyo son los medios idóneos para el cumplimiento efectivo de los fines esenciales del Estado, prerrogativas que se constituyen en la medida en que solo a la administración se le otorga la posibilidad de modificar, crear, extinguir o alterar situaciones jurídicas, en forma unilateral, con o sin el consentimiento de los administrados, incluso contra su voluntad. (...)”*.

Así también establece que “debe hacerse claridad que la presunción de legalidad del acto administrativo puede desvirtuarse, poniendo en funcionamiento así el aparato judicial y trasladando al particular la carga de la prueba. Entonces vemos como el control jurisdiccional de los actos administrativos proferidos dentro de los procesos de jurisdicción coactiva, se ejercen con posterioridad a su expedición. En conclusión, la Constitución de 1991, en su artículo 238 le dio piso constitucional a los efectos ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos”.

Con la expedición de la Carta Política de 1991, se facultó al Contralor General de la República, para ejercer su propia jurisdicción coactiva sobre la base del proceso de la sentencia condenatoria del proceso de responsabilidad fiscal.

### **3. Caducidad y prescripción en los procesos de jurisdicción coactiva.**

El término de “en cuanto a la prescripción el artículo 2536 del C.C., indica que la acción ejecutiva prescribe en diez años, y la ordinaria por veinte” y agrega que la acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años y convertida en ordinaria durará otros diez”.

Siguiendo los lineamientos del artículo 2536 de la legislación civil colombiana, donde señala *“las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra de la nación, del territorio, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tienen la libre administración de los suyos”*. Sin embargo estas distinciones legales el profesor Amaya ha señalado que es impropio seguirlas ya que contiene una dinámica desigual según el ordenamiento normativo.

Así pues tendremos que aceptar que si bien es cierto no existe un término perentorio de caducidad de la acción ejecutiva, deberá existir alguna norma que regule dicho fenómeno jurídico en efecto, nos remitimos al artículo 91, numeral 3o del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en el cual señala que *“cuando al cabo de (5) cinco años de estar en firme, la Administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos”*. Bajo estos lineamientos legales nos amparamos cuando hablamos de la caducidad y la prescripción en la jurisdicción coactiva. Pues si la administración no produce las actuaciones correspondientes con la iniciación de los procesos de responsabilidad fiscal, perdería la potestad de hacerlo más tarde operando esta norma como una especie de sanción por negligencia.

Sin embargo, recalca el Dr. Amaya “la jurisprudencia de la sección quinta del Consejo de Estado se inclina por considerar que dicha situación, “en el fondo corresponde a un caso de extinción de la obligación por operancia del fenómeno jurídico de la prescripción, cuyo principio general esta consagrado en los artículos 2512 y 2535 del Código Civil”

#### **4. Del mérito ejecutivo como presupuesto para el proceso de jurisdicción coactiva.**

Como se menciono con anterioridad, la Contraloría, está facultada, a partir de la entrada en vigencia de la Carta Política del 91, para cobrar, en forma directa los créditos económicos que a su favor deban pagarse, con ocasión del manejo inadecuado de los bienes públicos por parte de aquellos que en virtud del ejercicio de la función pública actuaron de manera irregular.

Si en efecto, se ha establecido responsabilidad fiscal a aquellos servidores públicos, y en virtud de tal establecimiento se ha producido un fallo condenatorio, este, una vez en firme, prestara mérito ejecutivo a favor de la administración y en contra de dicho servidor, dando paso de esta manera a hacer efectivo el fallo, mediante la Jurisdicción coactiva.

Siguiendo los lineamientos establecidos por el profesor Amaya, podemos decir que en efecto, el poder coercitivo que tiene la administración sobre los particulares que ejercen actividades en virtud de la función pública y los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre las finanzas públicas, hace referencia a uno de los efectos de la eficacia del acto administrativo.

Para nuestro tema objeto de estudio, la contraloría, después de la producción de un fallo mediante el proceso de Responsabilidad fiscal, en el cual se ha establecido claramente, tanto los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal así como se ha probado el nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido mediante el detrimento patrimonial al Estado, también se hace necesaria la reparación o el resarcimiento de dicho daño a favor de los intereses del Estado y en términos generales de sus administrados.

Es por esta razón que la contraloría está facultada constitucional y legalmente, para adelantar esta clase de cobros, utilizando para tal efecto la herramienta jurídica denominada

Jurisdicción Coactiva. Pero esta solo podrá utilizarse, cuando en virtud del Proceso de responsabilidad Fiscal, se ha proferido un fallo en contra del servidor público y a favor de la administración, cumpliendo con la observancia de los principios rectores de esta clase de procesos fiscales y respetando las garantías procesales que tienen dichos servidores públicos en calidad de investigados.

Así pues, la Contraloría, en virtud de esta facultad denominada, por algunos doctrinantes como exorbitante, podrá ejercer los cobros de las obligaciones económicas derivadas del fallo del proceso de responsabilidad fiscal a favor de la entidad pública, directamente sin la necesidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria, haciendo el papel de juez y a la vez parte.

En este orden de ideas, el Fallo del Proceso de responsabilidad Fiscal, como presupuesto esencial para iniciar el cobro de la obligación mediante la Jurisdicción Coactiva, presta mérito ejecutivo debido a que como indica el artículo 98 y 99 del CPACA, se ha establecido a favor de la entidad pública, perjudicada con el daño patrimonial por la conducta del agente investigado, una obligación de pagar una suma dineraria.

A su vez, el Título 3, artículo 58 de la ley 610 de 2000, ha dispuesto que: *“Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestara mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las contralorías”*.

Conforme a lo establecido en el precepto normativo de la referencia, podemos deducir que uno de los requisitos fundamentales para que se configure el mérito ejecutivo, es que el fallo, en contra del agente y a favor de la entidad pública, se encuentre en firme, es decir, que su providencia quede ejecutoriada. Al respecto Amaya, resalta tres situaciones en las cuales quedaran ejecutoriadas las providencias:

-Cuando contra ellas no proceda ningún recurso.

-Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan los recursos o se renuncie expresamente a ellos.

-Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido”

Así pues el título ejecutivo da cuenta de la existencia de las obligaciones que se quieren cobrar mediante el proceso de jurisdicción coactiva, en contra del servidor público que ocasiono el daño patrimonial al Estado.

#### **4.1 El Mérito ejecutivo de los fallos con responsabilidad fiscal contenidos en providencias debidamente ejecutoriadas.**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, los actos administrativos adquieren el carácter de ejecutivos y ejecutorios una vez estos queden en firme, al concluir el procedimiento administrativo, lo que le permite a la administración ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento, disponiendo que la firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.

De esta manera el fallo de responsabilidad fiscal solo podrá ejecutarse una vez queden en firme al concluir el procedimiento administrativo; cumplido esto, el fallo por si solo será



suficiente para que la respectiva Contraloría pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. Luego la firmeza del acto administrativo que declara responsable fiscalmente a una persona es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los afectados.

De esta manera fallos el Doctor Uriel Alberto Amaya con relación al mérito ejecutivo de estos ha señalado “El *título ejecutivo* contenido en el fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, el cual contiene los correspondientes requisitos sustanciales (obligación clara, expresa y actualmente exigible), presta *mérito ejecutivo* porque impone a favor de la entidad pública afectada con el daño patrimonial la obligación de pagar una suma líquida de dinero, como lo indica el artículo 68 numeral 1 del Código Contencioso Administrativo.”

#### **4.1.1 Los actos administrativos ejecutoriados expedidos por las contralorías, que impongan multas.**

El numeral 5 del artículo 268 de la Constitución política señala igualmente que las Contralorías cuentan con la facultad de imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.

Estos actos administrativos al igual que los que declaran la responsabilidad fiscal, una vez en firme como lo indica el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, prestan *mérito ejecutivo* porque imponen la obligación de pagar una suma líquida de dinero, la obligación en este caso, a diferencia de la anunciada en el

numeral anterior, no nace de una declaración de responsabilidad sino de la potestad sancionatoria del estado, la cual es conferida a las Contralorías con el fin de que estas puedan contar con herramientas de coacción que les permita realizar de manera efectiva su ejercicio, apremiando a los sujetos de control cuando estos no prestan de manera correcto y oportuna su colaboración incumplimiento de sus obligaciones fiscales.

De igual manera además es necesario que, de conformidad con el artículo 89 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, estas resoluciones se encuentren debidamente ejecutoriadas para que la respectiva Contraloría pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento.

#### **4.1.2 Las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal.**

Como bien lo señala el numeral 3 del artículo 92 de la ley 42 de 1993 para que presten mérito ejecutivo las pólizas expedidas por las compañías de seguros que amparan a los responsables, es requisito indispensable que dentro de la parte resolutive de los fallos con responsabilidad fiscal estas se hayan incorporado.

De esta manera se debe haber establecido claramente, en la parte resolutive, el nombre del garante, el valor asegurado y el valor deducible a favor de las aseguradoras, valor individualizado del responsable fiscal, en caso de ser una póliza colectiva o global, número de la póliza; con el fin que la obligación cumpla con los requisitos para que pueda ser ejecutada, es decir clara, expresa y exigible contra la compañía aseguradora.

Al respecto el Consejo de Estado indicó:

*El mandamiento ejecutivo que obra a folio 23 del cuaderno principal tuvo como fundamento la Resolución núm. 984 de 23 de mayo de 1990, expedida por la Contraloría General de la República y contiene una orden de pago a favor del Fondo de Bienestar Social y en contra de MANUEL SAENZ CANO y LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en virtud de la póliza núm. MA-188374.*

*El fallo con responsabilidad fiscal que obra a folio 24 del cuaderno principal, señala como responsable a MANUEL SAENZ CANO, como entidad aseguradora a la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, cita el número de la póliza arriba identificada y analiza las glosas que dieron lugar a la responsabilidad del funcionario de manejo, de todo lo cual se infiere que existe una obligación clara, expresa y exigible en contra del funcionario investigado y de la compañía aseguradora que sirvió de garante.*

*Si bien es cierto que la conducta que se describe y analiza en el referido fallo, con el fin de establecer la responsabilidad fiscal, es la del funcionario investigado, también lo es que es lógico que ello sea así, pues fue él quien la realizó y dio lugar a ella. En consecuencia, no tiene sentido alguno mencionar en tal análisis a la compañía aseguradora, ya que ésta responde ante la ocurrencia del siniestro, por el hecho de ser la garante, en virtud de la declaratoria de responsabilidad fiscal de su garantizado.*

*En lo que tiene que ver con el argumento de que los fallos de responsabilidad fiscal deben estar acompañados de las pólizas, la Sala advierte que tampoco le asiste razón al apelante, ya que, como lo sostuvo el fallador de primera instancia, si en los procesos con responsabilidad fiscal obran las respectivas pólizas, no es necesario que las mismas se acompañen materialmente para efectos del cobro coactivo, pues se entienden incorporadas al respectivo fallo.*

#### **4.1.3 Integración del título ejecutivo.**

Con relación a la integración del título ejecutivo el Consejo de Estado ha señalado

*(...) no se considera que el solo aviso, a la aseguradora, de haberse notificado pliego de cargos a la responsable, fuera idóneo para integrar título ejecutivo con la póliza. (...)*

*(...) se requiere notificación a la Compañía de Seguros del acto previo que declare el incumplimiento por parte del asegurado para constituir el título ejecutivo que permita exigir válidamente a la aseguradora el cumplimiento de la obligación.*

*(...)*

*(...) el sólo aviso al deudor solidario de los actos sancionatorios no es idóneo para integrar el título ejecutivo con la póliza y habrá de tenerse como probada la excepción de falta de título ejecutivo propuesta por la parte actora, relevándose por obvias razones, del conocimiento de las restantes.*

## **5. Actos administrativos que prestan mérito ejecutivo de naturaleza fiscal.**

En materia de jurisdicción coactiva José Marcelino Triana Perdomo indica, “podemos resumir que los títulos ejecutivos coactivos son los señalados en los artículos 91, 98 y 99 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, 828 del Estatuto Tributario y el 92 de la ley 42 de 1993”.

Con relación En materia de control fiscal la última de las disposiciones citadas anteriormente, dispone que prestan mérito ejecutivo:

-Los fallos con responsabilidad fiscal contenidos en providencias debidamente ejecutoriadas.

-Las resoluciones ejecutoriadas expedidas por las contralorías, que impongan multas una vez transcurrido el término concedido en ellas para su pago.

-Las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal.

## **6. Procedimiento ejecutivo de jurisdicción coactiva de las Contralorías.**

El artículo 90 de la ley 42 de 1993 dispone que para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos a que se refiere el artículo 92 de la misma ley, se seguirá el proceso de jurisdicción coactiva señalado en el Código de Procedimiento Civil, salvo los aspectos especiales que aquí se regulan.

Por su parte el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil señala que las ejecuciones por jurisdicción coactiva para el cobro de créditos fiscales a favor de las entidades públicas se seguirán ante los funcionarios que determine la ley, por los trámites del proceso ejecutivo de mayor o menor y mínima cuantía, según fuere el caso, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el presente capítulo.

### **6.1 El Mandamiento de pago emitido por el funcionario de jurisdicción coactiva.**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 497 del CPC, la dependencia encargada en la

Contraloría de adelantar el cobro coactivo una vez reciba el documento que presta mérito ejecutivo; ya sea el fallo de responsabilidad fiscal, la resolución que impone una multa o as pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal; deberá librar mandamiento de pago ordenando al ejecutado que se cumpla la obligación.

Dicha orden deberá estar contenida en un auto que de acuerdo a lo señalado en el artículo 498 del CPC, ordenará su pago en el término de cinco días, con los intereses desde que se hicieron exigibles hasta la cancelación de la deuda.

Con relación al contenido del mandamiento de pago Uriel Alberto Amaya indica “Este debe observar: la existencia del título ejecutivo (fallo con responsabilidad fiscal-o resolución de multa- debidamente ejecutoriado); la identificación exacta del deudor responsable (nombre completo, cédula de ciudadanía o NIT); y la suma total adeudada que se cobra, mas los respectivos intereses.”

Para la notificación personal del mandamiento ejecutivo al deudor o a su representante o apoderado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 564 del CPC dispone se surtirá citándole por medio de comunicación enviada por conducto de empleado del despacho o por correo certificado a la última dirección registrada en la oficina de impuestos o declarada en el respectivo proceso de sucesión, y a falta de ella, mediante aviso publicado en uno de los periódicos de mayor circulación del lugar señalado por el juez.

Si el citado no se presenta al despacho del funcionario ejecutor a recibir la notificación personal dentro del término de quince días a partir de la publicación del aviso, de la fecha de la certificación postal, o de la entrega del oficio, se le nombrará curador ad litem, con

quien se seguirá el proceso hasta cuando aquél se presente. En la misma forma se hará la citación para notificar los títulos ejecutivos a los herederos del deudor.

Para la notificación de este auto, además deberá observarse lo señalado en el artículo 505 del CPC, es decir que como esta se debe surtir personalmente, le es aplicable el procedimiento señalado en los artículos 315 a 320 y 330 del CPC.

## **6.2 Medidas Cautelares en el proceso ordinario de responsabilidad fiscal.**

El artículo 95 de la ley 42 de 1993 dispone igualmente que previa o simultáneamente con el mandamiento de pago y en cuaderno separado, el funcionario podrá decretar el embargo y secuestro preventivo de los bienes del deudor que se hayan establecido como de su propiedad.

Para el efecto los funcionarios competentes podrán identificar los bienes del deudor por medio de las informaciones suministradas por entidades públicas o privadas, las cuales estarán obligadas en todo los casos a dar pronta y cumplida respuesta a las Contralorías, allegando copia de la declaración juramentada sobre los bienes del ejecutado, presentada al momento de asumir el cargo, o cualquier otro documento. El incumplimiento a lo anterior dará lugar a multa.

De igual manera el artículo 12 de la ley 610 de 2000 dispone que 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. (Subrayado fuera de texto)

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-840/01, al estudiar la constitucionalidad del aparte subrayado anteriormente señaló:

*(...) en el evento de que dentro del proceso de responsabilidad fiscal el funcionario competente decreta medidas cautelares que por su misma desproporción acusen irregularidades que fueron conocidas por él, y que pese a las mismas expidió el acto quebrantador de derechos patrimoniales del procesado, manifiesta será la mala fe con que actuó en tanto tuvo conocimiento y voluntad para producir el acto generador del daño antijurídico. Hipótesis en la cual se actualiza la eventual responsabilidad del Estado junto con la del funcionario infractor a términos del artículo 90 Superior.*

*Consecuentemente, cuando el respectivo servidor público obre con temeridad o mala fe al decretar las medidas cautelares dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el Estado debe responder primeramente por los daños antijurídicos que le sean imputables, con la subsiguiente repetición que debe ejercer contra aquél.*

*Así, pues, dada la cabal pertenencia que ostenta el segmento demandado frente al artículo 90 de la Carta, necesario es reconocer su carácter constitucional, y por tanto, su permanencia en el orden positivo.*

Las mencionadas medidas cautelares una vez decretadas, por mandato del inciso segundo del artículo 12 de la ley 610 de se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.



Para el trámite de desembargo de bienes, indica el tercer inciso de la norma en mención, que este se ordenará 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. Indicando que también se podrá solicitar 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.

### **6.3 Excepciones y sentencias.**

Para el trámite de las excepciones de conformidad con el artículo 509 del CPC estas se deberán proponer dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, o del auto que resuelva su reposición.

Por su parte con relación a las excepciones que se pueden proponer y su trámite, el artículo 93 de la ley 42 de 1993 indica que el trámite de estas se adelantará en cuaderno separado de acuerdo con lo siguiente:

*1. El funcionario competente dispondrá de un término de treinta (30) días para decidir sobre las excepciones propuestas.*

*2. El funcionario competente, recibido el escrito que propone las excepciones, decretará las pruebas pedidas por las partes que fueren procedentes y las que de oficio estime necesarias, y fijará el término de diez (10) días para practicarlas, vencido el cual se decidirá sobre las*

*excepciones propuestas.*

*3. Si prospera alguna excepción contra la totalidad del mandamiento de pago, el funcionario competente se abstendrá de fallar sobre las demás y deberá cumplir lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.*

*4. Si se encuentran probadas las excepciones, el funcionario competente así lo declarará y ordenará la terminación y archivo del proceso cuando fuere del caso y el levantamiento de las medidas preventivas cuando se hubieren decretado. En igual forma procederá si en cualquier etapa del proceso el deudor cancelara la totalidad de las obligaciones.*

*Cuando la excepción probada, lo sea respecto de uno o varios de los títulos comprendidos en el mandamiento de pago, el proceso continuará en relación con los demás sin perjuicio de los ajustes correspondientes.*

*5. Si las excepciones no prosperan, o prosperan parcialmente, la providencia ordenará llevar adelante la ejecución en la forma que corresponda. Contra esta providencia procede únicamente el recurso de reposición.*

*6. Si prospera la excepción de beneficio de inventario, la sentencia limitará la responsabilidad del ejecutado al valor por el cual se le adjudicaron los bienes en el respectivo proceso de sucesión.*

#### **6.4 Los acuerdos de pago**

El artículo 96, de la Ley 42 de 1993, da lugar a la posibilidad que tiene el deudor, en cualquier etapa del proceso de jurisdicción coactiva, de celebrar con el organismo de

control fiscal un acuerdo de pago, cuyos efectos principales son la suspensión del proceso y de las medidas preventivas decretadas. Sin embargo, en caso de no cumplimiento de la obligación estipulada dentro del acuerdo de pago, se reanudará el proceso mediante providencia que declare dicho incumplimiento.

Así las cosas, el precepto normativo en mención, describe dos figuras a saber. La primera consistente en dar al deudor la posibilidad de celebrar con la administración un acuerdo de pago con el fin de extinguir la obligación que dio origen al proceso de responsabilidad fiscal.

La segunda figura jurídica consiste en determinar cuándo se suspender tanto el proceso de jurisdicción coactiva como las medidas cautelares que en virtud de garantizar dicho pago, se hayan decretado, y a su vez, cuando es necesario reanudarlas con ocasión del incumplimiento causado por el deudor fiscal.

Con fundamento en el artículo 268 numeral 5 de la Constitución Política, en la ley 610 de 2000 y en la ley 42 de 1993, se puede establecer que el proceso de jurisdicción coactiva, se surte desde inicio a fin dentro del ente de control denominado Contraloría General de la República, sin necesidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria ni a la contenciosa administrativa para ejercer el cobro de sus acreencias fiscales. “solo pueden ser objeto de acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa, las resoluciones que fallan excepciones y ordenan la ejecución. En estos casos el trámite y la decisión se resuelven tal como está previsto en el código contencioso administrativo”.

## **6.5 De las acciones para evitar la insolvencia del deudor fiscal y de las acciones revocatorias.**

El doctor Uriel Alberto Amaya señala que otro aspecto novedoso en el proceso de jurisdicción coactiva corresponde a la facultad de las contralorías de promover las acciones revocatorias ante el juez civil del circuito, mediante proceso verbal, *“mediante las cuales se pretende revocar ciertos actos del responsable fiscal, definidos por la ley, para evitar que sea insolvente”*

Estas acciones en derecho civil reciben el nombre de *acciones paulinas*, las cuales se encuentran previstas en el artículo 2491 del Código Civil de la siguiente manera:

*“Artículo 2491: En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observaran las disposiciones siguientes:*

*Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos del mal estado de los negocios del primero.*

*Lo actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.*

*Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato.”*

De esta manera y de acuerdo a las normas transcritas anteriormente, como señala el Doctor Guillermo Ospina Fernández *“la acción pauliana se basa en la existencia de dos elementos esenciales: la existencia de un daño al acreedor o acreedores, y la existencia de un designio fraudulento. De tal suerte que el deudor puede libremente disponer de sus bienes, siempre y cuando con dichas operaciones no disminuya*

*o altere los límites de la solvencia. En tal evento corresponde al acreedor (Contraloría) que pretenda la revocación de un acto realizado por el deudor probar que dicho acto le es perjudicial,, por lesionar los créditos a su favor, al colocar al deudor en estado de insolvencia, o por agravarlo si ya se encontraba en el”*

Por su parte el José Alejandro Bonivento Fernández señala que la ley concede esta acción cuando un negocio se celebra para perjudicar a terceros, para que mediante esta se deje sin efectos el contrato, mediante la prueba del fraude y de la divergencia de la declaración y la intención o querer de las partes.

De esta manera corresponde al acreedor para ejercer la acción pauliana, demostrar el designio fraudulento del deudor, en el evento de la disposición sea de título gratuito (*animus nocendi*), o el arreglo fraudulento entre el deudor y quien haya contratado con él a título oneroso (*concilium fraudis*).

De igual manera la ley 42 de 1993 en su artículo 97 ha previsto que cuando aparezca que los bienes del responsable fiscal son insuficientes para cubrir el total de la suma establecida en el fallo con responsabilidad fiscal, las contralorías podrán solicitar la revocación de los siguientes actos realizados por el responsable fiscal, dentro de los dieciocho (18) meses anteriores a la ejecutoria del citado fallo, siempre que el acto no se haya celebrado con buena fe exenta de culpa:

- Los de disposición a título gratuito.

- El pago de deudas no vencidas.

- Toda dación en pago perjudicial para el patrimonio del responsable fiscal.

-Todo contrato celebrado con su cónyuge, compañero permanente, con sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, único civil o con algún consorcio en sociedad distinta de la anónima.

-Todo contrato celebrado con sociedades en las cuales el responsable fiscal o las mismas personas nombradas en el anterior ordinal sean dueños, individual o conjuntamente, de un treinta por ciento (30%) o más del capital.

-La liquidación de bienes de la sociedad conyugal del responsable fiscal, hecha por mutuo consenso o pedida por uno de los cónyuges con aceptación del otro.

-Las cauciones, hipotecas, prendas, fiducias de garantía, avales, fianzas y demás garantías, cuando con ellas se aseguren deudas de terceros.

La Contraloría General de la República a través de su oficina Jurídica ha señalado que esta acción está orientada a reconstruir el patrimonio del responsable fiscal, quien ha celebrado actos de mala fe dentro de los dieciocho meses anteriores a la ejecutoria del fallo con responsabilidad fiscal, y en consecuencia se ha colocado en una situación de insolvencia.

Señalando como presupuestos de procedibilidad el que haya un fallo de responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, que el responsable fiscal se encuentre en situación de insolvencia; la cual se define como la carencia de suficientes bienes para cubrir el total de la suma establecida en el fallo con responsabilidad fiscal, que la situación de insolvencia o insuficiencia de bienes se derive de la celebración de actos fraudulentos (carentes de buena

fe exenta de culpa) por parte del mismo responsable fiscal y, que los actos que causen la insolvencia se hayan celebrado dentro de los dieciocho meses anteriores a la ejecutoria del fallo con responsabilidad fiscal.

## **7. El proceso ejecutivo de jurisdicción coactiva conforme a la Ley 42 de 1993 y el Código de Procedimiento Civil.**

La Ley 42 de 1993 en sus artículos 90 y siguientes regula el proceso de jurisdicción coactiva, con los siguientes ingredientes, características y elementos procesales y sustanciales a saber:

a. Las Contralorías en Colombia en virtud de la Ley 42 de 1993 tienen jurisdicción y competencia para cobrar los créditos fiscales que nacen de los alcances líquidos contenidos en los títulos ejecutivos fiscales, a través del proceso de jurisdicción coactiva regulado en el Código de Procedimiento Civil, a excepción de las regulación especial contenida en los artículos 91 a 90 de la citada Ley.

b. Los contralores podrán delegar la jurisdicción coactiva de las deudas fiscales en las dependencias de la Entidad, conforme a la organización, estructura y funcionamiento de la misma.

c. Los instrumentos que constituyen los títulos ejecutivos y que como tal prestan ese mérito son los siguientes:

-Los actos administrativos que contienen fallos con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriados.

-Los actos administrativos ejecutoriados expedidos por las Contralorías que impongan multas una vez transcurrido el término concedido para su pago, o vencido los términos del acuerdo de pago sin que se cumpla en su totalidad.

-Las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal conforme al artículo 3o del decreto 4828 de 2008, tales como las garantías bancarias a primer requerimiento ya sea el contrato de garantías bancaria, la carta de crédito stand by; el endoso en garantía de títulos valores, depósito de dinero en garantía que se hayan aportado a la entidad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones precontractuales, contractuales y postcontractuales.

d. El funcionario competente dispondrá de un término de treinta (30) días para decidir sobre las excepciones que presente el demandado, excepciones que son las mismas previstas en el Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo.

e. El juez de jurisdicción coactiva, una vez haya recibo el escrito que presenta las excepciones decretará las pruebas pedidas por las partes que fueren procedentes y las que de oficio estime necesarias, y fijará el término de diez (10) días para practicarlas, vencido el cual se decidirá sobre las excepciones propuestas.

f. Si prospera alguna excepción contra la totalidad del mandamiento de pago, el funcionario competente se abstendrá de fallas sobre las demás y deberá cumplir lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, que consiste en que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes; y en ese caso si el superior considera



infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

g. Si se encuentran probadas las excepciones, el funcionario competente así lo declarará y ordenará la terminación y archivo del proceso cuando fuere del caso y el levantamiento de las medidas preventivas cuando se hubiere decretado. En igual forma procederá si en cualquier etapa del proceso el deudor cancelará la totalidad de las obligaciones. Cuando las excepción probada, lo sea respecto de uno o varios de los títulos comprendidos en el mandamiento de pago, el proceso continuará en relación con los demás sin perjuicio de los ajustes correspondientes.

h. Si las excepciones no prosperan, o prosperan parcialmente, la providencia ordenará llevar adelante la ejecución en la forma que corresponda. Contra esta providencia procede únicamente el recurso de reposición.

i. Si prospera la excepción de beneficio de inventario, la sentencia limitará la responsabilidad del ejecutado al valor por el cual se le adjudicaron los bienes en el respectivo proceso de sucesión.

j. El juez contencioso administrativo es competente para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que falla las excepciones y ordenan su ejecución. La admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción.

k. Previa o simultáneamente con el mandamiento de pago y en cuaderno separado, el juez de jurisdicción coactiva podrá decretar el embargo y secuestro preventivo de los bienes del

deudor que se hayan establecido como de su propiedad. Para ello, el funcionario podrá identificar los bienes del deudor por medio de las informaciones suministradas por las entidades públicas o privadas, las cuáles estarán obligadas en todos los casos a dar pronta y cumplida respuesta a las contralorías, allegando copia de la declaración juramentada sobre los bienes del ejecutado presentada al momento de asumir el cargo, o cualquier otro documento.

l.- En cualquier etapa del proceso de jurisdicción coactiva, el deudor podrá celebrar un acuerdo de pago con el organismo de control fiscal, en cuyo caso se suspenderá el proceso y las medidas preventivas que hubieren sido decretadas. Sin perjuicio de la exigibilidad de las garantías cuando se declare el incumplimiento de pago, deberá reanudarse el proceso si aquellas no son suficientes para cubrir la totalidad de la deuda.

m. Cuando a parezca que los bienes del responsable fiscal son suficientes para cubrir el total de la suma establecida en el fallo de responsabilidad fiscal, las contralorías podrán solicitar ante el juez civil del circuito, la revocación de los actos realizados por el responsable fiscal dentro de los 18 meses anteriores a la ejecutoria del fallo, siempre que el acto no se haya celebrado con buena exenta de culpa. Los actos revocables de oficio o a solicitud de parte son los siguientes:

-Los de disposición a título gratuito.

-El pago de deudas no vencidas.

-Toda dación en pago perjudicial para el patrimonio del responsable fiscal.

- Todo contrato celebrado con su cónyuge, compañero permanente, con sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, único civil o con algún consorcio en sociedad distinta de la anónima.

- Todo contrato celebrado con sociedades en las cuales el responsable fiscal o las mismas personas nombradas anteriormente sean dueños, individual o conjuntamente de un 30% o mas de capital.

- La liquidación de bienes de la sociedad conyugal del responsable fiscal, hecha por mutuo consenso o pedida por uno de los cónyuges con aceptación del otro.

- Las cauciones, hipotecas, prendas, fiducias de garantía, vales, fianzas y demás garantías, cuando con ellas se aseguren deudas de terceros.

n. Las acciones revocatorias se tramitarán ante el juez civil del circuito del domicilio del responsable fiscal que deberá darle prelación so pena de incurrir en causal de mala conducta, por el trámite del proceso verbal previsto en el Código de Procedimiento Civil, el cual no suspenderá ni afectará el curso y cumplimiento del proceso de jurisdicción coactiva.

## **8.- El proceso verbal de responsabilidad fiscal conforme a la Ley 1474 de 2011.**

El proceso de responsabilidad fiscal conforme al artículo 97 de la Ley 1474 de 2011 se adelantará mediante procedimiento administrativo verbal, cuando del análisis del dictámen del proceso auditor, de una denuncia debidamente soportada con cualquier medio probatorio o combinación de éstos, o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de

control fiscal de legalidad, de gestión, financiero, de revisión de cuentas y de valoración de costos ambientales, se determine que están dados los elementos para proferir el auto de apertura de imputación exigidos para el proceso ordinario previsto en el artículo 48 de la Ley 600 de 2000, veamos:

a. Cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan medios probatorios como testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad de los implicados.

b. Cuando además se tenga la plena identificación de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, la individualización de la póliza, del valor asegurado y/o de los otros mecanismos de cobertura del riesgo identificados en el artículo 3o del decreto 4828 de 2008.

c. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

d. El procedimiento verbal se somete a las reglas generales del procedimiento ordinario previsto en la ley 610 de 2000, salvo en las normas especiales dispuestas en la Ley 1474 de 2011.

e. La Contraloría General de la República y la Auditoría General de la República a nivel central podrá aplicar el procedimiento verbal en el proceso de responsabilidad fiscal a partir de la vigencia de la Ley 1474 de 2011, pero podrá adecuar al procedimiento verbal aquellos procesos ordinarios que venían en curso, siempre que no se haya ordenado la respectiva imputación fiscal, pero que se reúnen los requisitos para el efecto.

f. Las Contralorías territoriales sólo podrán aplicar el procedimiento verbal a partir del 1 de enero de 2012, al igual que las Gerencias Departamentales de la Contraloría General de la República desconcentradas en la capital de cada departamento colombiano.

### **8.1 Características del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.**

a. El funcionario competente cuando encuentre demostrado objetivamente la existencia del daño patrimonial al Estado y exista prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal, expedirá auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal en un mismo acto, el cual debería cumplir con los requisitos de los artículos 41 y 48 de la Ley 600 de 2000 y contener además la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante. Luego de surtida la última notificación se citará a audiencia de descargos a los presuntos responsables fiscales, a sus apoderados, o al defensor de oficio si lo tuviere y al garante.

b- El proceso para establecer la responsabilidad fiscal se desarrollará en dos audiencias, la primera se denomina audiencia de descargos y la segunda, audiencia de decisión. En las mencionadas audiencias se podrá hacer uso de los medios tecnológicos de comunicación como la videoconferencia y otros que permitan la interacción virtual remota entre las partes y los funcionarios investigadores.

c. La audiencia de descargos será presidida por el funcionario directivo o ejecutivo competente, así como por el funcionario de sustanciación y práctica de pruebas. La audiencia de decisión debe ser presidida por el funcionario competente para tomar la decisión que en derecho corresponda.

## **8.2 Audiencia de descargos en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.**

Esta audiencia deberá iniciarse en la fecha y hora determinada en el auto de apertura e imputación del proceso, y tiene como finalidad que los sujetos procesales puedan intervenir, con todas las garantías procesales y que se realcen las siguientes actuaciones:

- a. Ejercer el derecho de defensa.
- b. Presentar descargos a la imputación.
- c. Rendir versión libre.
- d. Aceptar los cargos y proponer resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago.
- e. Notificar medidas cautelares de secuestro y embargo de bienes.
- f. Interponer recurso de reposición contra las decisiones que se tomen en la audiencia, incluyendo el de medidas cautelares.
- g. Aportar y solicitar el decreto y práctica de pruebas.
- h. Decretar o denegar la práctica de pruebas.
- i. Declarar, aceptar o denegar impedimentos y conflicto de intereses.

j. Formular recusaciones y conflictos de intereses.

k. Interponer y resolver nulidades.

l. Vincular nuevo presunto responsable.

m. Decidir acumulación de actuaciones.

n. Decidir cualquier otra actuación conducente y pertinente.

o. Controvertir las pruebas incorporadas al proceso en el auto de apertura e imputación, las decretadas en la Audiencia de descargos y practicadas dentro o fuera de la misma.

p. Los recursos de reposición y apelación procede contra los siguientes autos que se profieren en el proceso verbal de responsabilidad fiscal: El de reposición contra el auto que rechaza la petición de acumulación de actuaciones; el de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión que resuelve las solicitudes de nulidad, la que deniega la práctica de pruebas y contra el auto que decreta medidas cautelares, en este último caso el recurso se concederá en el efecto devolutivo, en los demás casos en el efecto suspensivo; contra el fallo con responsabilidad fiscal proferido en audiencia proceden los recursos de reposición o apelación dependiendo de la cuantía determinada en el auto de apertura e imputación.

q. El recurso de reposición procede contra el fallo de responsabilidad fiscal cuya cuantía determinada en el auto de apertura e imputación fiscal es igual o inferior a la menor cuantía

para la contratación de la entidad afectada con los hechos; y tendrá recurso de apelación cuando la cuantía alcance a la mayor cuantía para licitar en la Entidad afectada. Los recursos se interpondrán en la audiencia de decisión y deberá ser resuelto dentro de los dos meses siguientes a su presentación, para lo cual se suspenderá la audiencia de decisión y se reanudará en la fecha que para el efecto se señale en la cual se deberá proceder a leer la providencia que resuelva el recurso.

Lo anterior indica que el proceso verbal de responsabilidad fiscal es de única instancia cuando el daño está cuantificado dentro de la menor cuantía para contratar en la entidad afectada y de doble instancia cuando lo supera.

r. El funcionario competente en el auto de apertura e imputación, deberá ordenar 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, y se ejecutarán antes de la notificación del auto que las decreta. Contra el auto que decida sobre medidas cautelares una vez notificado procede 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, y si la medida recae sobre sumas líquidas de dinero, se podrá incrementar hasta en



un 50% de dicho valor y de un 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 fiscal se encuentre demandado ante el juez administrativo, 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.

s. La cesación de la acción fiscal ocurre en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, y únicamente procederá la terminación anticipada de la acción cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada, sin perjuicio del principio de oportunidad en materia penal.

t. La solidaridad ocurre 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, y 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.

u. Las pólizas de seguros por las cuales se vincule al proceso de responsabilidad fiscal al garante en calidad de tercero civilmente responsable, caducarán en los plazos previstos en el artículo 9 de la Ley 610 de 2000, esto es, si dentro de los cinco años siguientes contados a partir de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar al daño patrimonial no se ha proferido auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal; y la caducidad; y

prescribirá en cinco años contados a partir del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal si dentro de ese término se ha proferido providencia en firme que la declare.

### **8.3. Del procedimiento y trámite a audiencia de descargos.**

a. El funcionario competente que presida la audiencia la declarará abierta con la presencia de los profesionales técnicos de apoyo designados; el presunto responsable fiscal y su apoderado si lo tuviere, el defensor de oficio, el garante o su representante. La defensa material podrá ser ejercida directamente por el imputado, salvo que decida delegar la defensa en un profesional del derecho, pero también tiene la facultad de ejercer alternativamente defensa material y defensa técnica.

b. Si el presunto responsable fiscal no acude a la audiencia, sin justificación alguna se le designará defensor de oficio.

c. Si el garante en su calidad de civilmente responsable, o su apoderado no acude a la audiencia se allanarán a las decisiones que en la misma se profieran. La ausencia justificada del garante no implica allanarse a las decisiones tomadas siempre que manifieste su derecho de asistir directamente o a través de su representante, a menos que así lo manifieste a la Contraloría, pero antes de la instalación de la audiencia podrá solicitar su aplazamiento, o la suspensión una vez se haya instalado.

d. Cuando exista causa debidamente justificada, se podrán disponer suspensiones y aplazamientos de audiencias por el término prudencial que determine el presidente de la audiencia, señalando nuevamente fecha y hora para reanudarla. Se habla de suspensión

cuando la audiencia se instaló y se realiza alguna actuación, pero será aplazamiento cuando la instalación no se ha producido aún.

e. Solamente en la audiencia de descargos los sujetos procesales podrán aportar y solicitar pruebas. Las pruebas solicitadas y las decretadas de oficio serán practicadas o denegadas en la misma audiencia, y allí mismo deberá interponerse el recurso de reposición si el sujeto procesal desea hacer uso del derecho de defensa y del contradictorio; evento en el cual se presenta el recurso de reposición en la audiencia de descargos, se sustenta y se decide.

f. La práctica de las prueba que no pueda realizarse en las misma audiencia será decretada por un término máximo de un año, señalando término, lugar, fecha y hora para su práctica y se suspenderá la suspensión de la audiencia para el efecto.

#### **8.4 Del procedimiento y trámite de la audiencia de decisión.**

La audiencia de decisión es el escenario procesal donde en presencia de los sujetos procesales se va a realizar la valoración sustancial, procesal y probatoria del proceso verbal de responsabilidad fiscal, para determinar la responsabilidad del imputado o de los distintos imputados si los hubiere. Así las cosas el trámite es el siguiente:

a. El Funcionario que la preside la declarará abierta con la presencia del funcionario investigador fiscal y de los profesionales técnicos de apoyo designados, el presunto responsable fiscal o su apoderado, si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante o a quien se haya designado para su representación.

b. Una vez instalada se le concederá la palabra a los sujetos procesales para que expongan

sus alegatos de conclusión sobre los hechos que fueron objeto de imputación.

c. El funcionario realizará una exposición amplia de los hechos, pruebas, defensa, alegatos de conclusión, determinará si existen pruebas que conduzcan a la certeza de la existencia o no del daño al patrimonio público; de su cuantificación; de la individualización y actuación del gestor fiscal a título de dolo o culpa grave; de la relación de causalidad entre la conducta del presunto responsable fiscal y el daño ocasionado, y determinará también si surge una obligación de pagar una suma líquida de dinero por concepto de resarcimiento.

d. Terminadas las intervenciones el funcionario competente declarará que el debate ha culminado, y proferirá en la misma audiencia de manera motivada, fallo con o sin responsabilidad fiscal. La cuantía del fallo con responsabilidad fiscal será indexada a la fecha de la decisión.

En mi sentir, es importante que el legislador dote a las Contralorías de herramientas eficaces y simplificadas para asegurar el resarcimiento de los perjuicios ocasionados al patrimonio público. Sin embargo, observo que el proceso verbal en materia de responsabilidad fiscal por lo simplificado que es, en etapas y términos procesales está diseñado para casos en donde los hechos, conductas y actuaciones generadoras del daño o detrimento patrimonial no está revestidos de mayor complejidad, pues solo esos casos son los susceptibles de ser fallados y adecuados en un debido proceso simplificado como el proceso verbal de responsabilidad fiscal. Pues, en aquellos casos de complejidad técnica, científica, tecnológica, ambiental, geológica, urbanística y de infraestructura, igualmente observo que la estructura del procedimiento verbal no se adecua a las exigencias constitucionales del debido proceso, derecho de defensa y de contradicción, en tanto en un proceso fiscal de naturaleza oral no podrán tomarse esas decisiones técnicas, como tampoco practicarse las

complejas pruebas dada la ocurrencia de los hechos y la relación de proporcionalidad en relación al alcance y contenido de las pruebas. El artículo 113 de la Ley 1474 de 2011, para estos casos prevé que se suspenda la audiencia para que se practique la prueba por un periodo máximo de un año. Ta artículo desnaturaliza la finalidad del proceso verbal, en cuanto un periodo probatorio de un año en un proceso verbal es muy amplio, lo que necesariamente es mas razonable y proporcional con las características propias de los procesos de responsabilidad fiscal e carácter ordinario.

## **TITULO SEGUNDO**

### **CONTROL FISCAL, POLÍTICAS PÚBLICAS Y GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

Los contratos estatales, como forma de ejecución de las políticas públicas y de ejecución presupuestal implica la principal fuente del gasto público y por tanto, la gestión fiscal adelantada mediante los contratos estatales debe estar sujeta permanentemente a la vigilancia de los órganos de control y de la contralorías especialmente en la forma de efectuar el gasto.

Por eso, desde la óptica de los fines de la contratación pública, el Estatuto General de la Contratación Pública (EGC), Ley 80 de 1993, establece que, con los contratos las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ella en la consecución de dichos fines.

Estos fines señalados en el EGC, encuentran concordancia con los artículo 1, 2, 6 y 209 de la Constitución Nacional: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa*

*y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”; “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”; “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 extranslimitación en el ejercicio de sus funciones”; “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 administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.*

Entonces, mediante el contrato estatal le corresponde a la administración pública lograr la satisfacción de las necesidades sociales logrando un mejoramiento en la calidad de vida de los ciudadanos, tomando fuerza la institución jurídica del contrato estatal.

De esta manera, si tenemos que el contrato estatal es un medio para lograr los fines estatales mediante la ejecución e inversión del presupuesto público, es claro entonces que la gestión contractual de Estado, debe enmarcarse dentro de unos principios éticos que se encuentran soportados en el ordenamiento jurídico; de tal manera, que un inadecuado manejo de la contratación va a tener unos efectos inmediatos en la comunidad nacional e internacional,

destruyendo la confianza del administrado lo cual se refleja en la legitimidad de la administración y por su puesto en la de los servidores públicos.

El contrato estatal, se encuentra definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así: *de los contratos estatales*: Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

De la definición de los contratos estatales que trae la Ley 80 de 1993, tenemos que el régimen jurídico aplicable a los contratos de la administración, no sólo se encuentra tipificado en el EGC, y la Ley 1150 y sus decretos reglamentarios; sino que también de él hacen parte, los treinta y dos (32) regímenes excepcionales de contratación, así como también las normas de contratación previstas en el derecho privado esto es, las normas del código civil y del código de comercio.

Lo anterior nos permite afirmar, que los contratos estatales no son por el régimen jurídico que se les aplica y es así por disposición de la misma norma que establece que a ellos también se les aplica el régimen privado de contratación. Así mismo, nos apartamos de la tesis según la cual los contratos son estatales en razón de la calidad de las partes que intervienen en el negocio; pues las personas jurídicas de derecho privado eventualmente pueden celebrar contratos estatales. Entonces, para nosotros el contrato será estatal siempre que se celebre con cargo a los recursos públicos, condición que resulta excluyente de las mencionadas anteriormente y que encuentra justificación en la reforma introducida a la ley 80 de 1993, en la Ley 1150 de 2007 *“por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con*

*recursos públicos*”. Que en el artículo primero, establece el objeto de la misma indicando que *“La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos”*. (Subrayado fuera del texto).

En consideración de lo anterior, tenemos que todos los contratos financiados con recursos públicos se encuentran regulados por los principios constitucionales de la función pública, y por entes la gestión contractual correspondiente, será sujeta de control fiscal. De esta manera para un adecuado ejercicio del control fiscal, debemos precisar que aquellos contratos suscritos con cargo a recursos públicos le son aplicable un régimen al que he llamado **derecho de los contratos estatales**, integrado 1) por aquellos contratos a los que le es aplicable el EGC, 2) aquellos contratos a los que le es aplicables los regímenes excepcionales de contratación en razón del objeto del contrato, y 3) aquellos contratos a los que le son aplicables los regímenes excepcionales de contratación en razón a la naturaleza jurídica de la entidad contratante.

Es un régimen de derecho público, por lo que ya he señalado, es decir, por que todos aquellos contratos financiados con cargo a los recursos públicos, le son aplicables los principios de contratación estatal regulados en la Ley 80 de 1993, en concordancia con los principios de la función administrativa, los principios generales del derechos, principios de los contratos del derecho privado, los principios del derechos administrativo que también resultan aplicables a los contratos estatales.

Entonces, aquellos contratos no regulados por la Ley 80, sino por regímenes especiales de contratación y aquellos regulados por el derecho privado, le son aplicables los principios de contratación estatal entes menciones pero no en la forma como los regula la Ley 80 sino, en los forma como se encuentran regulados es los estatutos especiales.



De esta manera, tenemos que para un adecuado ejercicio del control fiscal a la gestión contractual de Estado, debe tenerse en cuenta que todos los contratos estatales suscritos y financiados con cargo a recursos públicos se les aplican los principios de contratación estatal y se encuentran regulados por los mismos principios, cuyo fundamento es la misma norma constitucional; pero, y esto es importante, que a los contratos que se les aplica el régimen general, serán los principios regulados en la Ley 80 de 1993, y a los que se les apliquen regímenes especiales, serán los principios regulados en los distintos estatutos especiales de contratación.

La gestión contractual al ser una forma de gestión pública, no se escapa a los controles previstos para esa misma gestión pública. De tal manera, que en materia de contratación estatal se establecen igualmente controles; control disciplinario, penal, ciudadano, el control interno de cada Entidad, y por su puesto el control fiscal.

El control fiscal sobre los contratos estatales adquiere una doble connotación, una relacionada con el manejo del erario público y la otra respecto del resultado de la gestión contractual; pues *“el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz”*.

De esta manera, tenemos que mediante la institución del contrato, el Estado se encarga de ejecutar su presupuesto de inversión de conformidad con los planes de desarrollo aprobados por las corporaciones públicas de los entes territoriales en lo local y del Congreso de la República a nivel central, como órganos de representación popular que hacen parte del proceso para comprometer los recursos públicos.

Igualmente, tenemos que la Constitución Nacional en la parte final del artículo 352, en cuanto al manejo del presupuesto, establece que el Congreso de la República, mediante la ley orgánica del presupuesto regulará lo concerniente a *“la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”*. Es decir, que todas aquellas entidades estatales sin personería jurídica y que en principio no tendrían capacidad para obligarse y mucho menos para comprometer el patrimonio público, por mandato constitucional y mediante la Ley orgánica del presupuesto, se les otorga capacidad jurídica para obligarse mediante la suscripción de contratos con cargo a los recursos públicos.

De esta manera tenemos, que los contratos estatales son una herramienta para el gasto, la inversión y administración del presupuesto público y por consiguiente se encuentran sujetos a los sistemas de control ejercido por parte de los contralorías.

En cuanto a los resultados de la gestión contractual, también tenemos que es un punto de control fiscal, pues mediante este se asegura el interés general como fin esencial de Estado en términos de eficacia.

La eficacia -como término genérico que condensa todos los demás principios precitados-, es, en palabras de Luciano Parejo Alfonso, *“la traducción en el ámbito jurídico-administrativo de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de 'socialidad' del Estado. Esta comprobación conduce directamente a la afirmación de un doble alcance del principio:*

*a) De un lado, la Administración sólo puede ser eficaz cuando satisfaga su fin, el interés general.*

*b) Pero, de otro lado, el valor eficacia implica una condición de calidad, en el sentido de economicidad, utilidad y, en suma, de bondad de la actuación en su resultado”.*

Por otra parte, es justamente el principio de eficacia el que permite evaluar el uso que el agente le ha dado a una facultad discrecional.

*Así, "en un Estado social de derecho las normas le confieren al funcionario un poder reglado en el que se le deja un margen de maniobra o de discrecionalidad al servidor público para que en forma eficaz procure la satisfacción del interés general.*

*Como unidad de medida de la eficacia del Estado, el Constituyente introdujo el control de gestión y de resultado, en los artículos 256.4, 264, 267, 268.2, 277.5 y 343 constitucionales.*

*Resumiendo, la gestión pública -de la cual la contratación es una de sus formas-, en un Estado social de derecho debe inspirarse en los principios de legalidad, de independencia y colaboración armónica, y en criterios de excelencia”.*

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

Mediante la contratación estatal se adelantan actuaciones propias de gestión fiscal, como bien se dejó dicho anteriormente, y en tal sentido, todas las actuaciones que se realicen en virtud de la gestión contractual en cualquiera de las etapas de la contratación serán susceptibles del control fiscal y por ende sujetas de la responsabilidad fiscal a que halla lugar por los perjuicios sufrido por el Estado concretamente en el patrimonio público como consecuencia de la gestión contractual.

El control fiscal y la responsabilidad fiscal en el proceso contractual conserva los mismo elementos de una y otro, pero por tratarse la contratación estatal de un régimen dentro del ordenamiento jurídico, es indispensable empezar por analizar los elementos de uno y otro concepto desde la luz de los contratos estatales; es decir, estudiar los elementos del control fiscal a la contratación implica encontrar un punto de encuentro entre estas dos categorías la gestión contractual como gestión fiscal y por consiguiente con ocasión o consecuencia de esta gestión se realice un control fiscal, que es el punto de partida de la responsabilidad fiscal.

Estos elementos implican identificar el daño patrimonial producto de la gestión contractual, que por ser el régimen de contratación un régimen contenido en varias disposiciones legales, obliga a los entes de control conocerlos para de esta manera conocer los contratos de la administración y poder derivar la responsabilidad que de ella puede declararse.

En los anteriores término, pretendemos en este primer capítulo estudiar los elementos de la responsabilidad desde el punto de vista contractual, es decir, estudiar el proceso contractual de la administración de conformidad con los presupuestos para declarar la responsabilidad fiscal de conformidad con lo preceptuado por la Ley 610 de 2000 y sobre la cual nos hemos referido en la primera parte de este trabajo.

## **1. Noción de acción fiscal, de gestión fiscal, y de gestores fiscales de los contratos estatales.**

La acción fiscal se constituye como el deber que tiene el Estado, en virtud del principio inquisitivo de adelantar y llevar hasta su culminación las actividades propias de la vigilancia

fiscal, cuyo objeto es el *“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”*.

En tal sentido, el Estado por intermedio de las contralorías mediante la acción fiscal le corresponde, adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, los procesos administrativos sancionatorios fiscal, los procesos de jurisdicción coactiva, el proceso auditor a la gestión fiscal que corresponde a un control micro y el control macro realizado mediante los estudios económicos sectoriales; es decir todas aquellas actividades señaladas en el título IV capítulo II de la primera parte de este trabajo.

Por otra parte, la gestión fiscal de carácter contractual corresponde a toda la gestión que corresponde realizar a los servidores públicos y algunos particulares como consecuencia de la gestión contractual del Estado, es decir que abarca todas las etapas de contratación, de tal manera que se presenta gestión fiscal de carácter contractual desde la etapa precontractual, contractual y postcontractual. Estas actuaciones contractuales tienen plena concordancia con lo dicho anteriormente sobre la gestión fiscal, de modo tal que el *“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 encamina a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y,*

*finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración”.*

Desde el punto de vista legal, la Ley 610 de 2000, “*Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías*”, en el artículo 3º, establece una serie de conducta que implican gestión fiscal y que son plenamente aplicables a lo que es a gestión contractual de Estado, Así: “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”. (Subrayado es nuestro).

Estas actividades o verbos rectores de la Ley 610 de 2000, son acciones que se realizan igualmente mediante el proceso contractual del Estado en ejercicio de una gestión pública que implica gestión fiscal. Mediante el contrato estatal, por consiguiente, se administran los bienes o recursos del Estado, se invierten los recursos públicos, se permite la explotación de los bienes públicos, como también su enajenación y en generar todas las actividades por el artículo antes transcrito.

La gestión fiscal igualmente implica la vigilancia a la gestión pública, que corresponde a una actividad muy compleja que abarca todas las instancias en las que se manejan recursos

públicos, dirigido a garantizar su correcta utilización hasta la verificación de los resultados obtenidos con su inversión. Esta vigilancia, *“comprende un control financiero, de gestión, y de resultados, basado en la eficiencia, la equidad, la eficacia, la economía y la valoración de los costos ambientales. La vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin: la protección del patrimonio público, la transparencia y moralidad en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado”*.

La Corte Constitucional señaló; que *“El control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública”*.

## **2. Elementos de la gestión fiscal pre-contractual, contractual y postcontractual de la responsabilidad fiscal.**

La responsabilidad fiscal de conformidad con lo establecido por el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, se edifica sobre la base de tres elementos esenciales y de los que hemos hechos referencia anteriormente, en ese sentido, tenemos que para que pueda ser declarada la responsabilidad fiscal es necesario el concurso de los siguientes tres elementos: una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Estos tres elementos, para efectos de declarar la responsabilidad fiscal cuando la conducta

del agente está relacionada con la indebida gestión contractual de los agentes del Estado, presentan las características particulares de los principios que rigen los actos, contratos y obligaciones, como también los efectos de la relación contractual de la administración.

Por consiguiente, siempre son diferentes los presupuestos para ejercer el control fiscal y por ende declarar la responsabilidad fiscal, de conformidad con la etapa contractual en la que se está ejerciendo dicho control; es decir que cada etapa del contrato tiene sus propias características, pues son diferentes los actos administrativos que se expiden en cada una de ellas razón por la cual, la conducta y daño puede presentarse ya sea en la etapa precontractual, contractual o postcontractual o de liquidación del contrato.

De tal manera, que nos proponemos a explicar los tres elementos de la responsabilidad teniendo en cuenta el contrato estatal, de tal manera que sea posible determinar el alcance de estos elementos al momento de declarar la responsabilidad fiscal.

### **2.1. La conducta dolosa o gravemente culposa precontractual, contractual o postcontractual de los gestores fiscales.**

La conducta como elemento de la responsabilidad fue un tema tratado de manera general en la primera parte de este trabajo, destacando sus elementos; es decir que sea realizada en ejercicio de una gestión fiscal o con ocasión de esta, como también el grado de culpabilidad, que según la ley interpretada por la jurisprudencia constitucional debe ser dolosa o gravemente culposa; de tal manera, que en este acápite sólo nos haremos referencia a las actuaciones de la administración de carácter contractual que puedan generar responsabilidad fiscal, que de conformidad con la Ley 610 de 2000 se constituya en una conducta *“antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y*



*organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías”.*

De esta manera, tenemos que ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que el contrato consta de tres etapas; una precontractual, de concepción o formación del contrato, otra contractual o de ejecución del objeto del contrato y una última denominada postcontractual o de liquidación del contrato, pudiendo presentarse la conducta generadora de responsabilidad fiscal en materia contractual en cualquiera de las tres etapas del contrato.

En ese mismo sentido, la administración para cumplir con los cometidos estatales debe pronunciarse y la manera por lo cual lo hace, es a través de los actos administrativos, mediante los cuales se expresa la voluntad unilateral de la administración tendientes a producir efectos jurídicos, pero igualmente la actuación de la administración puede presentarse a través de hechos u operaciones administrativas.

Pero como ya hemos repetido, dentro de la actividad de la administración, se encuentran los contratos estatales; entonces, si esos actos u omisiones administrativas están relacionados con la gestión contractual del Estado, tenemos que esos actos serán actos administrativos contractuales, igualmente para sus omisiones, que serán omisiones administrativas contractuales, ubicados ambos en las diferentes etapas de contrato.

El carácter de actos contractuales, está determinado por la naturaleza de las obligaciones que se contraen de conformidad con el contrato suscrito por la administración. En este sentido, el artículo 1495 del código de civil, define el contrato estatal como aquel acto jurídico, mediante el cual una persona se obliga con otra a **dar, hacer o no hacer** una cosa, estas obligaciones determinan si la administración debe ejecutar ciertos actos o si por el contrario estas obligada a abstenerse de expedirlos y ejecutarlos. En ese entendido, tenemos

que si la administración tiene el deber de dar o hacer una cosa y se abstiene de tal, estará incurso en una omisión administrativa de carácter contractual, que bien puede ser generadora de responsabilidad fiscal.

De otro lado, en cuanto a la conducta en relación con fase del contrato, tenemos que resulta evidente que dentro del ámbito jurídico que forman los contratos estatales, se presentan actos administrativos propiamente dichos y de esa forma encontramos que en cuanto a la fase precontractual se expiden una serie de actos administrativos que posteriormente serán objeto de control fiscal de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Así mismo es necesario precisar, que los actos administrativos de naturaleza precontractual pueden variar dependiendo de la tipología del contrato que se vaya a suscribir, toda vez que el procedimiento será distinto si se va a suscribir v. gr. un contrato de suministro, de obra, empréstito, concesión o cualquier otro procedimiento de conformidad con la naturaleza del contrato y de los distintos procesos selectivos como son la licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa:

El anterior planteamiento, nos induce a los llamados actos separables del contrato, es decir, aquellos que subsisten con independencia del contrato. En otras palabras, los actos separables del contrato son todos aquellos que expide la entidad contratante antes de la suscripción del contrato y que comprende hasta el acto de adjudicación, pero que para los efectos del control fiscal va mucho más allá, de tal manera que el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, establece que la intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotado los trámites administrativos de legalización o lo que es lo mismo, una vez verificados los requisitos de ejecución del contrato.

“Siendo así, es claro que el ejercicio del control fiscal sobre los contratos estatales, comienza desde el mismo momento en que la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización de los mismos, 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. Si se permitiera la intervención de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, podría incurrirse en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración. Las Contralorías, como ya lo ha expresado la Corte, no pueden *"participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones"* y mucho menos, *"interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora que la Constitución no ha previsto"*.

Así mismo, durante la etapa contractual es posible ejercer el control fiscal por las actividades ejecutadas durante la etapa de ejecución, pero siempre debe hacerse de manera posterior y en ese sentido entonces, tenemos que el control fiscal a los contratos de tracto sucesivo en la etapa contractual puede ser ejercido, como bien lo prevé el EGC, que *"se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajusten a las disposiciones vigentes"*.

Igualmente es posible ejercer control fiscal, en aquellos contratos de obra con fases de preconstrucción, construcción y mantenimiento una vez culminadas cada una de ellas y el control estará direccionado no al contrato en si mismo, sino a las conductas de los agentes estatales que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o a las estipulaciones del contrato.

Por el contrario, en los contratos de ejecución instantánea la relación comercial se ve

extinguida por el cumplimiento de las prestaciones entre las partes; razón por la cual el control fiscal sobre esta etapa será en la fase postcontractual o de liquidación del contrato, sobre la calidad de los bienes o servicios contratados adquiridos, el costo de los mismos etc.

*“Una vez se suscribió el contrato estatal, la administración contratante está facultada para realizar actuaciones administrativas regladas en el ordenamiento jurídico contractual general y especial, y en su defecto los vacíos se llenan con el libro primero del Código Contencioso Administrativo. Los actos administrativos que se expiden o podrían expedirse durante la ejecución del contrato son los siguientes”:*

1 El acto administrativo que contiene el registro presupuestal. Este consiste en la afectación que hace la administración del presupuesto, para que dichos recursos que ampara la ejecución del contrato estatal no pueda desviarse para otros fines, so pena de incurrir en el delito peculado por aplicación oficial diferente.

2.- El acto administrativo que ordena la publicación del contrato en el diario oficial de la Nación, de los entes territoriales o del órgano de difusión de la entidad contratante.

3.- El acto administrativo que aprueba o imprueba la póliza única de garantía del contrato estatal suscrito.

4.- El acto administrativo que declara legalizado el contrato como requisito para iniciar su ejecución.

5.- El acto administrativo que interpreta unilateralmente el contrato estatal.

6.- El acto administrativo que ordena la terminación unilateral del contrato como cláusula excepcional

7.- El acto administrativo que ordena la modificación unilateral del contrato estatal.

8.- El acto administrativo que declara la caducidad del contrato e impone la inhabilidad y ordena la liquidación del contrato en el estado en que se encuentre.

9.- El acto administrativo que decide continuar la ejecución del objeto del contrato estatal con el garante como consecuencia de la declaración de caducidad administrativa del contrato, o que decide continuarlo con otro contratista seleccionado directamente.

10.- El acto administrativo que ordena la aplicación o ejecución de la cláusula de reversión en los contratos de concesión de bienes y servicios del Estado.

11.- El acto administrativo que declara el incumplimiento del contrato por parte del contratista particular, como requisito para hacer efectiva la garantía.

12.- El acto administrativo a través del cual la administración impone multas administrativas sucesivas para conminar al contratista de que se sujete al plazo del contrato.

13.- El acto Administrativo a través del cual la administración decide el recurso de reposición a favor del contratista o la revocatoria directa, del acto administrativo mediante el cual se impone multas administrativas sucesivas, motivado por la verificación del cumplimiento de las obligaciones al no estar pendiente alguna de ellas a cargo del contratista.

14.- El acto administrativo a través del cual la administración decide hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria como consecuencia del siniestro que ampara.

15.- El acto administrativo a través del cual la administración hace efectivas directamente la cláusula penal y multas impuestas, acudiendo para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

16.- El acto administrativo a través del cual la administración decide hacer efectiva la garantía única o la de seriedad de la oferta por ocurrencia del siniestro.

17.- El acto administrativo que ordena la ampliación de la vigencia y de la cuantía de la póliza de garantía única.

18.- El acto administrativo que declara la terminación unilateral del contrato, en los casos previstos en los numerales 1,2 y 4 del artículo 44 en armonía con el 45 de la Ley 80 de 1993.

19. El acto administrativo que ordena la suspensión unilateral de la ejecución del contrato ante la imposibilidad de continuar ejecutando el contrato y la no existencia de un mutuo acuerdo.

20.- El acto administrativo que aprueba la cesión del contrato administrativo negativo, cuando la administración omite dar respuesta dentro de los tres meses siguientes a la petición del contratista de hacer reconocimiento de prestaciones económicas.

21. El acto administrativo presunto que se configura como consecuencia del silencio administrativo positivo, cuando la administración omite dar respuesta dentro de los tres meses siguientes a las peticiones distintas al reconocimiento de prestaciones económicas.

22.- El acto administrativo que autoriza la ejecución de mayores cantidades de obras.

23.- El acto administrativo que decide no exigir garantías a las entidades de economía solidaria cuando estas operan con contratistas del Estado.

24.-El acto administrativo a través del cual el Procurador General de la Nación y los personeros distritales y municipales deciden solicitar a la administración la suspensión de los procedimientos administrativos contractuales, de una licitación, concurso de méritos, selección abreviada o contratación directa o la ejecución de un contrato, de conformidad con el artículo 160 de la Ley 734 de 2002.

25.- Los actos administrativos que expide el Estado, catalogados como hecho del príncipe que tienen un impacto directo e indirecto frente al contrato que hace que se rompa el equilibrio financiero del contrato, tales como nuevos impuestos, medidas cambiarias respecto de las monedas extranjeras, aumento de precios regulados por el Gobierno Nacional etc.

En cuanto a los actos administrativos que pueden presentarse en la etapa postcontractual o de liquidación de contrato encontramos los siguientes:

1.- El acto administrativo mediante el cual se liquida unilateralmente el contrato, que puede

ser expedido dentro de los treinta meses siguientes a la terminación del mismo, pero luego de los primeros cuatro meses; siempre y cuando, no haya sido demandada su liquidación ante la jurisdicción contenciosa administrativa luego de los seis meses siguientes a la terminación del contrato pero siempre esta última, dentro del término de veinte y cuatro meses subsiguientes a los primeros seis; lo anterior, sí, solo si, la liquidación no se ha hecho de manera convencional o de mutuo acuerdo, dentro de los treinta meses siguientes a la terminación del contrato.

2.- El acto administrativo de reconocimiento y pago definitivo de las acreencias a favor del contratista que se causen con ocasión de la ejecución y terminación del contrato.

3.- El acto administrativo que contiene la orden de hacer efectiva las pólizas de garantía única.

4.- El acto administrativo de la administración donde se toma la decisión de incoar ante la jurisdicción contenciosa administrativa la acción de repetición como consecuencia de la ejecutoria de una sentencia judicial donde el Estado haya sido condenado por algún comportamiento contractual suyo.

5.- El acto administrativo mediante el cual se decide someter la controversia que se suscita a un Tribunal de Arbitramento previo pacto de compromiso o cláusula compromisoria.

6.- El acto administrativo a través del cual se designa el árbitro único al que se convino someter las controversias.

7.- El acto administrativo que designa el árbitro del Tribunal de arbitramento a que se



somete la controversia suscita cuando se pacta que los árbitros son designados por las partes.

8.- Los actos administrativos a través de los cuales se imponen inhabilidades contractuales, tales como las decisiones disciplinarias y fiscales y administrativas contractuales.

## **2.2 El daño patrimonial al Estado de naturaleza precontractual, contractual y postcontractual.**

El daño patrimonial al Estado, es aquel producido por la acción o la omisión de los servidores públicos o particulares en el ejercicio de una gestión fiscal, producida con ocasión de la gestión contractual de las entidades sometidas a las normas del EGC. El daño patrimonial es el mismo definido por la Ley 610 de 2000, y en ese sentido el daño estaría *“representado en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado”*.

Pero debe aclararse, que no todo menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado genera responsabilidad fiscal, ni tampoco basta con que la conducta generadora sea o no jurídica o antijurídica, lo relevante para la responsabilidad fiscal, es que el daño que ha sufrido el Estado en su patrimonio sea antijurídico, que al Estado no le asista el deber jurídico de soportarlo.

No obstante, si bien es cierto que el daño es todo menoscabo o disminución en el patrimonio público, tal concepto no puede reducirse a una simple operación aritmética de

sumas y restas, pues la Ley 610 de 2000, establece un condicionante para que pueda distinguirse un daño patrimonial al Estado. En tal sentido el artículo 5° de esa disposición deja claro que la disminución o menoscabo del patrimonio del Estado debe ser producido por “una gestión fiscal **antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna**, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías”.

De lo anterior tenemos, que el la disminución del patrimonio del Estado, debe ser antijurídico y en este concepto se centra nuestra posición sobre el concepto de daño patrimonial; de tal manera que sólo podemos afirmar que existe daño patrimonial cuando la administración no tiene la carga de soportar esa daño y es por eso que contrariamos la posición de los entes de control fiscal cuando determinan el daño mediante operación aritméticas de sumas y restas.

Para ilustrar nuestra apreciación, quiero precisar en el tema de los costos. Es común en los entes de control, que los sobre costos lo prueben tomando el valor que ha pagado la administración por determinado bien o servicio, o simplemente toman el valor de la propuesta a la que se le ha adjudicado el proceso de selección y compararlo con cotizaciones hechas en establecimientos de comercio, muchas veces informales, y realizar la operación aritmética para de esta manera determinar en la diferencia de precios el sobre costo en un contrato y de contera el detrimento patrimonial, dejando de advertir que tal operación aritmética no es per se sobre costo.

En cuanto a los sobre costos, deben tenerse en cuenta cuatro conceptos, el primero

corresponde a los precios del mercado; el segundo al presupuesto oficial estimado para el contrato; el tercero, es el precio de la oferta; y por último el precio del contrato.

En cuanto a los precios del mercado, estos corresponden a los precios que se venden los bienes o servicios en el mercado, pero determinado por diferentes factores como la oferta y la demanda, los costos de producción, la estructura de las empresas que producen los bienes o servicios, las preferencias en cuanto a la variedad de los productos etc. Lo importante en cuanto a los precios del mercado, es que estos en ningún momento determinan de modo directo el valor de las ofertas y mucho menos el valor del contrato, circunstancia que debe advertirse por los órganos de control fiscal. Los precios del mercado, en cuanto hacen referencia al contrato estatal, sirven de herramienta para determinar el presupuesto oficial del proceso de contratación y de ninguna manera, se puede tomar como referencia los precios del mercado para establecer de manera directa el daño patrimonial; además debe tenerse en cuenta la forma como el ente de control fiscal realiza el estudio de mercado para establecer los precios del mismo, de tal manera que un inadecuado estudio de los precios del mercado por parte de las contralorías puede dar como resultado que la administración aparentemente está adquiriendo bienes, servicios u obras por encima de estos precios cuando en realidad no es así.

En el anterior orden de ideas, no basta para los órganos de control hacer cotizaciones en varios establecimientos de comercio, pues bien sabemos, que no todos los establecimientos de comercios que ofrecen un producto ejercen el comercio de manera formal y en consecuencia los precios serán diferentes a aquellos establecimientos de comercios que lo ejercen de manera formal, y de igual modo, será diferente los precios que se presenta en una propuesta con el fin de contratar con la administración a aquellos precios de una simple cotización para un particular. Aunado a esto, las necesidades que pretende satisfacer la

administración, también se constituye en un factor determinante a la hora para establecer los precios del mercado.

De esta manera, tenemos que no se puede establecer el daño patrimonial de una simple operación aritmética entre un estudio de mercado, muchas veces lleno de falencia, y el valor por el cual la administración haya contratado la adquisición de los bienes o servicios u obra requerida, después de un proceso de selección.

En cuanto al presupuesto oficial del proceso de contratación, tampoco podemos decir que este determine el valor final del contrato, aunque si establece ya unos límites para establecer de manera definitiva el valor inicial del respectivo contrato, pues su valor final será el que se determine en el acto de liquidación del mismo. El presupuesto oficial establece un límite per se, en cuanto el valor del contrato no puede ser superior el valor del presupuesto oficial y en consecuencias las propuestas que sobrepasen este tope no serán tenidas en cuenta; y los pliegos de condiciones muchas veces establecen un piso para el valor de las ofertas, estableciendo así otro límite para empezar a determinar el precio del contrato y por supuesto las ofertas presentadas cuya valor sea inferior al porcentaje señalado por la administración tampoco será tenida en cuenta para la adjudicación.

Las variables que encontramos es el precio de la oferta, que se acerca mucho más al que va hacer el precio del contrato, pues el proponente adquiere la obligación para con la administración contratante de suscribir el contrato, en caso de ser adjudicatario, en las mismas condiciones en que presentó la propuesta, de modo tal que este no podrá cambiar el valor de la misma, por mencionar un ejemplo, al momento de suscribir el contrato, so pena de que la administración haga efectiva la garantía de seriedad de la propuesta.

Pero no siempre el valor de la propuesta me determinará el valor del contrato, pues en tratándose de selección abreviada por el mecanismo de la subasta a la inversa, el contratista no está obligado a suscribir el contrato en caso de resultar adjudicatario por el valor descrito en la oferta, pues este resultará menor debido a la puja que se realice en desarrollo del proceso de subasta.

En cuanto al precio de la oferta, también hay que dejar claro, que el valor del contrato no es el valor de la oferta más económica, pues de conformidad con las reglas establecidas en los pliegos de condiciones existen otros factores de evaluación que impide que el valor del contrato lo determine la oferta más económica, esto será así siempre que el proponente que oferte el menor valor cumpla con los demás requisitos que establece el concurso.

Conforme a lo anterior, en la selección abreviada no obstante lo establecido en el artículo 12 numeral primero del decreto 2474 de 2008, si sólo es habilitado un proponente y este resulta presentar la oferta más alta, la administración deberá contratar con él de conformidad con la oferta presentada, pues los demás proponentes pueden ser rechazados por no cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones y no por esto la administración habrá contribuido a un detrimento patrimonial, toda vez que el Estado en este caso le asiste el deber de contratar con la oferta más costosa.

En conclusión, el precio del contrato va resultar del precio que se presente en las propuestas, pero no de la propuesta más económica sino de aquella que resulte ser más ventajosa para la administración de conformidad con la ley y los pliegos de condiciones.

### **2.3 El nexo causal entre daño patrimonial estatal, imputación al gestor fiscal**

### **y fundamento para tener el deber jurídico de reparar.**

El nexo causal, que debe existir entre la conducta dolosa o gravemente culposa precontractual, contractual o postcontractual de un sujeto que realiza gestión fiscal y el daño efectivamente producido al patrimonio público, es el elemento que le permite al ente de control fiscal realizar la adecuación y establecer la correspondencia entre la conducta y el daño para poder determinar la responsabilidad fiscal.

Al analizar el nexo causal, es importante determinar con plena certeza que la conducta investigada ha sido la generadora del daño patrimonial al Estado; es decir, que exista una causalidad desde el punto de vista jurídico que debe ser determinada a partir del deber de exigibilidad de conducta desde el punto de vista funcional, desde las competencias asignadas o delegadas a los funcionarios públicos en temas de contratación o por otro lado las obligaciones que surjan en virtud de una relación contractual de los particulares con el Estado.

El nexo causal, no es más que la imputación del daño a partir de la afectación real al patrimonio público por la vulneración de la norma jurídica, por acción o por omisión. Entonces la imputación del daño implica atribuir jurídicamente el daño a una conducta y en consecuencia este elemento sólo está dado para verificar la ocurrencia de una relación causal ya existente pero que se debe analizar si el agente garante del patrimonio público cumplió con las disposiciones normativas sobre la materia.

Así, en tratándose de los contratos de Estado, si el responsable de la contratación no dio aplicación a las disposiciones normativas que rigen determinado contrato y les dio una aplicación diferente a la que la misma disposición señala, se podrá imputar el daño que ha

sufrido el Estado en su patrimonio a la conducta del agente. Por el contrario, si el agente ha cumplido oportunamente con sus deberes legales y aquellos que la celebración del contrato le señalan, no podrá imputarse el daño a la conducta del agente pues se configuraría una causa exonerativa de la responsabilidad fiscal y entraría a considerarse que la administración tendría el deber de soportar jurídicamente ese daño que se le ha caducado, como bien se anotó en el punto anterior.

En conclusión, tenemos que actualmente encontramos dificultades al momento de adecuar el concepto de daño patrimonial a la conducta de los gestores fiscales y esto es debido a que no puede establecerse un catálogo legal de lo que constituye daño patrimonial, pero lo que se quiere es establecer unas pautas que ayuden a determinar con certeza cuando se ha presentado en realidad un daño que el Estado no está en el deber de soportarlo y en tal sentido se debe evaluar si el posible responsable fiscal está en el deber de reparar detrimento patrimonial causado a las arcas del Estado.

### **3. La responsabilidad fiscal del gestor fiscal por el hecho propio y por el hecho ajeno.**

La responsabilidad fiscal por el hecho propio, es aquella en la que el daño patrimonial al Estado es producido directamente por la persona natural que por acción, omisión incurre en una conducta a título de dolo o gravemente culposa de manera contraria a sus deberes jurídicos y las obligaciones estipuladas en un contrato estatal. Es el caso de la responsabilidad por el hecho propio del servidor público que actúa como gestor fiscal en alguna de las fases precontractual, contractual y postcontractual estatal, lo que indica que debe existir una relación de causa eficiente del daño patrimonial entre el sujeto pasivo de la imputación, el sujeto activo de la conducta, el resultado que es el daño, y el deber jurídico

de reparar el daño en la medida en que el Estado no tenga el deber jurídico de soportarlo.

Es el caso del contratista estatal que actúa como persona natural o persona jurídica, ya sea el contratista vigilado o el interventor o supervisor del respectivo contrato; los daños patrimoniales que le sean imputables porque fueren generados por ellos, contrariando el deber jurídico y obligacional previsto en la ley y en el contrato estatal es considerado como responsabilidad fiscal por su propio dolo o culpa grave y es lo que la doctrina y la jurisprudencia conoce como la responsabilidad por el hecho propio.

Pero también existe la responsabilidad por el hecho ajeno, lo que conforme a la Ley 610 de 2000 desnaturaliza la responsabilidad fiscal que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, puesto que ésta sólo procede a título de dolo o culpa grave del agente estatal que produce el daño. En este caso, se entiende hecho ajeno cuando la conducta que ocasiona el daño es producida por un el contratista estatal, en donde su naturaleza jurídica es una persona jurídica, consorcio, unión temporal, promesa de sociedad futura, o cuando el daño es producido por la ejecución de una orden legítima proferida por funcionario competente, conforme a las formalidades legales y en ejercicio de sus funciones, veamos los casos en que los sujetos de la responsabilidad fiscal son llamados a responder por el hecho ajeno, que al objetivizarse se convierte en responsabilidad orgánica subjetiva de naturaleza fiscal, veamos:

a.- Es el caso del daño ocasionado por un contratista estatal que es una persona jurídica en donde quien actúa en su nombre es el representante legal, los trabajadores, subcontratistas y miembros de la junta directiva.

b.- Los miembros de los consorcios, uniones temporales y de las promesas de sociedades futuras, en donde el daño es producido por uno o dos de sus miembros y sin embargo en



materia de responsabilidad fiscal se les vincula a todos para que respondan solidariamente o a cualquiera de ellos por el daño patrimonial generado con ocasión de la gestión contractual.

c. El caso del daño patrimonial ocasionado por el incumplimiento de las estipulaciones contractuales del contratista estatal, como por ejemplo el de apropiarse de los recursos del anticipo del contrato, y la responsabilidad fiscal solidaria del interventor quien no se apropió pero por su acción u omisión dolosa o gravemente culposa permitió que ello ocurriera.

d. La responsabilidad fiscal que se le atribuye al garante del contrato por el daño patrimonial al Estado que le ocasione el contratista garantizado.

e. El daño patrimonial al Estado que ocasione un servidor público por la ejecución de órdenes administrativas de sus superiores y de los miembros de las juntas directivas de las entidades públicas, expedidas en ejercicio legítimo de sus competencias, bajo las formalidades legales, en desarrollo de sus funciones.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **SUJETOS DE CONTROL Y VIGILANCIA FISCAL Y SUJETOS DE LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

En el presente capítulo veremos cómo los distintos sujetos contractuales que según nuestra clasificación pueden ser sujetos contractuales típicos, atípicos, personas jurídicas, naturales, nacionales o extranjeras como contratistas de la administración, teniendo en cuenta las circunstancias en que cada uno de estos sujetos colabora mediante el contrato estatal, enmarcados dentro del cumplimiento de los fines a los que debe propender el Estado según

lo establecidos en nuestra Constitución y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, delimitando sus actuaciones y la responsabilidades que se puede derivar en el desarrollo del contrato estatal, a partir de las normas jurídicas que regulan los actos de cada unas de estas personas en su actuar jurídico y las implicaciones desde el punto de vista del control fiscal en su relación contractual con Estado.

Resulta relevante el estudio particular de cada sujeto contractual, por cuanto el EGC, no constituye un estatuto donde se reglamente a detalle todo el proceso de contratación, sino que se compone de normas generales que buscan la eficiencia y transparencia en la contratación con cargo a recursos públicos. De esta manera, las personas de derecho privado contratistas de la administración se encuentran reguladas por normas del derecho privado, civil y mercantil, donde se establece entre otras el régimen de responsabilidad de las mismas, pero que al momento en que estas personas contratan con el Estado, esas normas deben ser interpretadas en concordancia con las normas de contratación de la administración pública. Por otro lado, la Ley 80 de 1993, contiene los conceptos de consorcio y uniones temporales ajenos al derecho privado.

Igualmente los sujetos contractuales para los contratos de la administración, por disposición del EGC, se encuentran sujetos a inhabilidades, incompatibilidades, conflicto de intereses, existe un tratamiento para las personas jurídicas extranjeras, las personas jurídicas con objeto único conceptos claves para el ejercicio del control fiscal y el desarrollo del proceso auditor a fin de identificar los sujetos contractuales sujetos de control fiscal y las causas que dan lugar a ello.

## **1. La administración pública como contratante y contratista estatal y sujeto de control y vigilancia fiscal.**

Hemos dicho en líneas anteriores que las entidades públicas a través de los contratos estatales buscan el cumplimiento de las funciones que la constitución y la ley les ha fijado, cuya finalidad no es otra que la satisfacción de las necesidades públicas y de los fines del Estado, que para tales fines se vale de la vinculación de los particulares por intermedio de los contratos estatales que se realiza mediante la invitación que la administración pública hace para que estos concurren con la presentación de una propuesta concreta que permite la realización de dichos fines. En estas palabras, es común que sean los particulares sean quienes concurren en igualdad de condiciones a colaborar con la administración en la consecución de sus fines y en tal caso tendremos siempre a las entidades públicas como contratantes y solo los particulares como contratistas.

No obstante la anterior, puede suceder que los bienes o servicios requeridos por una entidad pública en particular, sólo sean prestados por otra entidad pública de manera exclusiva, o que además de los particulares, otras entidades públicas presten ese mismo servicio o estén en la capacidad de suministrar esos bienes requeridos por esa entidad pública. Pero, igualmente, no es extraño, que la administración pública en una relación contractual con los particulares no actúa como contratante, sino como contratista de ese particular. Estas circunstancias, le dan a las entidades públicas una doble connotación en las relaciones contractuales, como contratante y como contratista, donde cada una de las hipótesis tiene efectos jurídicos diferentes. En ese sentido, por una parte tocamos los límites existentes entre contrato interadministrativo y convenios interadministrativo, en donde la reforma introducida al EGC, mediante la Ley 1150 de 2007, se establecen notables modificaciones haciendo honor al principio de transparencia que debe existir en la gestión contractual del Estado, y por otro lado cuando la entidad pública es contratista, pero su contratante es un particular y en consecuencia la regulación jurídica de ese contrato es diferente y las potestades de la administración en cuanto la dirección del mismo varían

haciendo necesario su estudio.

Lo anterior, sin dejar de lado que en uno y otro caso sin importar la posición que tenga la administración en la relación contractual se ejercerá un control fiscal, pero en desarrollo del proceso auditor y el proceso de responsabilidad fiscal se deben tener presente tales circunstancias, a fin de poder determinar como exactitud y mayor destreza los hallazgos, penales, disciplinarios, administrativos, los posible detrimentos patrimoniales que se causen y poder identificar los sujetos de control fiscal responsables de los mismos, identificando al régimen de responsabilidad al que están sujetos por disposición de la ley y de la relación contractual que puede ser la relación contractual directa de este con la administración o de los contratos o acuerdo entre los particulares que les permita ser contratistas o contratante de la administración pública.

Antes de empezar a tratar aquellos eventos en los cuales la administración pública actúa como contratante o contratista, empecemos por establecer si en realidad es posible que las entidades públicas ocupen el lugar del contratista dentro de la relación contractual. De esta manera, encontramos que las normas de contratación estatal no prohíben tal circunstancia y por el contrario se admite esta posibilidad, al establecer el estatuto general de contratación de la administración pública Ley 80 de 1993 en su artículo 6°, establece que *“pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes...”*, lo que nos permite establecer que cualquier persona que cumpla con los requisitos de capacidad establecidos en la norma jurídica puede contratar con la administración, sin establecer limitaciones en cuanto a la naturaleza de las personas. En consecuencia cualquier persona jurídica de derecho público, siempre que tenga personería jurídica o que se encuentre facultada por el EGC, podrá contratar con la administración pública, dentro de los límites o posibilidades que le establezcan las leyes especiales que

regulen la materia, es decir; el régimen legal de contratación de la respectiva entidad pública.

Ahora bien, *“la admisión de la persona jurídico-pública contratista repercute no sólo en régimen jurídico que debe regir tal relación contractual, sino que, además influye en diversos aspectos de otras instituciones jurídico administrativas distintas del contrato público previsto en la Ley de los contratos”*, por lo que se hace necesario distinguir y tratar en este capítulos cuales son esas relaciones entre entidades públicas reguladas por el EGC, en donde encontramos dos categorías, los contratos interadministrativos regulados por el EGC y los convenios interadministrativos que no se encuentran regulados por la ley de contratación administrativa sino por la Ley 489 de 1998, *“por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*.

Para destacar las deferencias entre una y otra figura, resulta oportuno traer a colación el Concepto de la Dirección Técnica Legal del Instituto de Desarrollo Urbano IDU de la Ciudad de Bogotá D.C., sobre la procedencia de la celebración de los contratos interadministrativos de conformidad con la regulación de la Ley 1150 de 2007, modificatoria del Ley 80 de 1993, al siguiente tenor:

“Aunque indistintamente se puede manejar el término contrato como sinónimo de convenio, dentro del marco de la contratación pública se consideran dos figuras distintas teniendo en cuenta el tipo de relación que surge entre las entidades o de éstas con particulares.

Bajo estos dos criterios tenemos que convenio, es un acuerdo de voluntades, al igual que el contrato, pero que en la práctica tiene un objeto o finalidad especial que lo diferencia, entre otros aspectos como se relaciona a continuación:

	<b>Convenios</b>	<b>Contratos</b>
--	------------------	------------------

<b>Finalidad</b>	<p>Un convenio le sirve a la Entidad para satisfacer necesidades relacionadas con sus deberes y objetivos institucionales, los que la ley le impone, y por eso debe establecer alianzas especiales con particulares o entidades u organismos públicos.</p> <p>El convenio tiene fines ligados a la misión, función y objetivos generales de la Entidad, y al igual que el contrato, son necesarios para el actuar institucional.</p>	<p>El contrato en cambio, surge de una necesidad material más concreta. Por ejemplo, la necesidad de construir una obra, de recibir un servicio o de adquirir un bien.</p>
------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p><b>Contenido patrimonial</b></p>	<p>El convenio puede o no tener un contenido patrimonial. En los convenios, por su naturaleza, las partes tienen y hacen aportes para un <b>propósito común</b>, para el cual cada uno aporta lo necesario para su cumplimiento y ninguna de las partes se dirige a obtener un <b>mayor beneficio</b> que el de cumplir una misión conjuntamente. <u>No se persigue una ganancia.</u></p>	<p>El contrato siempre tiene un contenido patrimonial. Patrimonial quiere decir que a cambio de la prestación del servicio, o la ejecución de la obra, la Entidad le paga al contratista un valor acordado. <u>Se persigue una ganancia.</u></p>
<p><b>Beneficiarios</b></p>	<p>En el convenio, el interés público es el mayor beneficiario, la comunidad en sí misma, ya que el convenio no busca el provecho de alguna de las partes sino satisfacer intereses generales.</p>	<p>En el contrato, en cambio, el contratista busca un beneficio patrimonial y particular a cambio de la ejecución del objeto que la Entidad haya contratado.</p> <p>Los contratos se dirigen satisfacer necesidades e intereses muy concretos de la Entidad.</p>



<b>Procedimiento de selección</b>	Los convenios no se sujetan a un procedimiento de selección, aunque la Entidad debe siempre procurar el respeto por los principios y el correcto ejercicio de la actividad administrativa.	Los contratos se celebran, por regla general, con el trámite previo de un proceso de selección objetiva del contratista, según la cuantía y la naturaleza.
-----------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

En si, podemos concluir que en un contrato, una de las partes –sea o no ente público- asume la ejecución de una obra, la prestación del servicio, el suministro o asistencia técnica, obligándose la otra a satisfacer por ella el precio o prestación onerosa convenida.

En el convenio no se produce intercambio de prestaciones a título oneroso, característica esencial del contrato, sino aportaciones conjuntas por parte de cada una de las partes para la consecución del fin que interesa a ambas y respecto del cual cada una de ellas asume una gestión parcial -mediante su aportación o contribución- pero conjunta. Es decir, en el contrato, las partes son contrapuestas mientras que en el convenio son concurrentes”.

De conformidad con la reforma introducida al EGC, mediante la Ley 1150 de 2007, se establece los contratos interadministrativos como una modalidad de contratación directa, en los siguientes términos:

*La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

*“c. Contratos interadministrativos, 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. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.*

*En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de instituciones de educación superior públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.*

*En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal”.*

De conformidad con la nueva regulación normativa sobre los contratos interadministrativos, se introduce una reforma sustancial, adoptando como se dijo anteriormente, medidas en pro de la transparencia de los procesos contractuales y así evitar que a través de la celebración de estos contratos se evadan los procesos de selección establecidos en la ley para escoger al contratista.

En consecuencia, la nueva ley dispone que la celebración de contratos interadministrativos procede, siempre que las obligaciones de la parte ejecutora tengan relación directa con su

objeto social y específicamente en relación con las universidades públicas solo podrán celebrar de forma directa contratos interadministrativos relativos a la prestación de servicios de educación o de investigación. En caso de que se pretenda celebrar contratos de obra, suministro, encargo fiduciario o fiducia pública, como ejecutoras, deben concurrir a los procesos de selección señalados en la ley; siempre y cuando, se reitera, que estas actividades estén incluidas en su objeto social.

De acuerdo con lo hasta aquí indicado, en la celebración de convenios interadministrativos deberá observarse el objeto del acuerdo y de las obligaciones que se adquieren por las partes del mismo, lo que permite determinar la naturaleza jurídica del acuerdo y de esta forma evitar que se desnaturalice dicha figura convirtiéndose el acuerdo en un típico contrato interadministrativo, lo cual podría vulnerar las normas sobre el procedimiento de selección del contratista de la administración haciendo incurrir a los funcionarios que intervinieron en el acto en presuntos responsables por desconocer dichas normas.

De esta manera, es necesario señalar que la celebración de contratos interadministrativos por la modalidad de selección directa, si se encuentra sujeta a lo dispuesto en el artículo 78 del Decreto 2474 del 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007 y de la Ley 80 de 1993 particularmente respecto a que las obligaciones que adquiera la entidad ejecutante deberán tener relación directa con su objeto, y demás restricciones y requisitos que señale la norma.

“Lo anterior considerando igualmente lo señalado por la Contraloría de Bogotá, D.C., ante una auditoria realizada en el 2008 a los Fondos de Desarrollo Local de las diferentes localidades de la ciudad”, cuando indicó *“la administración local ha contratado en forma directa la realización de una variedad significativa de actividades que en muchas oportunidades no se ajustan en forma estricta a la definición que la ley le otorga a los contratos o convenios de este tipo interadministrativo; así, se*

*observa la suscripción de convenios de apoyo técnico, de cooperación y asistencia técnica, de cofinanciación de ciertas actividades a cargo de los FDL, de asociación y de contratos para impulsar actividades y programas de interés público que bien podrían haberse suscrito cumplimiento los procedimientos de selección objetiva previstos en el estatuto contractual, con el fin de contar con contratistas altamente especializados en cada uno de los temas”.*

## **2. El particular contratista como colaborador del Estado, como gestor fiscal y sujeto de control y vigilancia fiscal.**

El artículo 6° de la Constitución Nacional, establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; y concretamente, en el artículo 267, le otorga a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales la competencia para vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; de modo tal que, los destinatarios del control fiscal ejercido por las contralorías son, en principio, aquellas personas que realizan gestión fiscal, pero también lo son aquellas que actúen con ocasión de la gestión fiscal.

Desde esa perspectiva, el EGC en el artículo 3, establece cuales son fines que se persiguen con la contratación tanto por los servidores públicos como por los particulares; de esta manera, establece la norma que *“los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”*. Y así mismo, los particulares, *“tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica*

obligaciones”. Lo anterior, constituye un elemento preponderante en el contrato estatal, el cual debe cumplirse por todos los que intervienen en él, lo que hace que los contratistas en la ejecución del objeto contractual empleen las herramientas necesarias para la debida y correcta ejecución del objeto contratado.

Sobre los sujetos del control fiscal, la Corte Constitucional ha expresado:

*“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 identificado”.*

Pero el contratista por el sólo hecho de serlo, no deja de ser un particular y la responsabilidad fiscal de la que puede ser sujeto no deviene por ese solo hecho; para el efecto, debe tenerse presente que ese particular contratista colaborador del Estado, primero debe adquirir el estatus de gestor fiscal, el cual se da mediante un vínculo jurídico entre este

y la administración pública, que bien puede ser un contrato estatal. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-286/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, *cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, este adquiere la condición de Sujeto Cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que deje de ser un particular, pero su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son ajenas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza*, lo que nos muestra que para el caso de los contratistas (y también para los funcionarios públicos), es necesario que de las obligaciones contractuales producto del vínculo jurídico que lo ata a la administración, se establezca una gestión fiscal.

La Contraloría General de la República, en Concepto: 80112- EE52223, proferido el 20 de diciembre de 2004, por la Oficina Jurídica de esa entidad, relacionado con la posibilidad de imputación de responsabilidad fiscal a los interventores, en su calidad de servidores públicos. Se identifica así el concepto: Calidad de gestores fiscales de los interventores:

“Para el caso de los interventores, éstos per se no son gestores fiscales, empero si sus actuaciones se relacionan con la toma de decisiones en el gasto, erogación u otra forma de manejo del dinero público, adquiere esta connotación.

Es importante señalar que el interventor no toma las decisiones, pues este actúa como un delegado de la administración y responde por las acciones u omisiones que le fueren imputables y que causen daño o perjuicio respecto de los contratos en los cuales haya ejercido funciones de interventor.

El interventor debe adelantar la labor encomendada a fin de propiciar el mejor escenario en beneficio de los intereses estatales, la interventoría es fundamental, pues permite corregir errores si se está incurriendo en ellos, modificar algunos aspectos cuando se denota que los mismos pueden acarrear perjuicios en la ejecución del contrato, determinar en el caso de la

interventoría de obras, si el contratista está capacitado para desarrollar la misma, continuarla y concluirla, si el servicio se está prestando en los términos pactados y como se requiere, si el bien que se recibe ofrece las condiciones de calidad, cantidad y características exigidas en el contrato, en estas condiciones la interventoría permite en la ejecución del contrato la toma de decisiones a tiempo y en la forma correcta que eviten daños e inconvenientes en la ejecución del objeto contractual y erogaciones innecesarias.

Dentro de un marco ceñido a la legalidad el interventor no es gestor fiscal, no obstante, si éste incurre en omisiones o realiza actuaciones que conlleven perjuicio a la entidad estatal, o no se advierte a la administración, para que se realicen las actuaciones a que haya lugar tendientes a evitar el daño, podría considerarse la imputación de responsabilidad fiscal por la indebida ejecución de las obligaciones que le fueron encomendadas de acuerdo con su perfil profesional unido a la experiencia adquirida en ejecuciones anteriores, pues no podría alegar su propia culpa la entidad si no realizó una acertada escogencia del interventor.

Lo anterior, dentro de un análisis estricto de las funciones del interventor, y los resultados de sus actuaciones, pues como ya se dijo debe evaluarse la clase de interventoría de acuerdo con el tipo de contrato.”

### **3. Sujetos típicos-singulares de la gestión contractual estatal.**

Como lo indicamos anteriormente, la Ley 80 de 1993, en el artículo 6º, establece aquellas personas que pueden contratar con la administración pública, estableciendo de esta manera quienes pueden ser sus contratistas y por tanto estableciendo las partes del contrato estatal.

Esta misma disposición es la que nos permite indicar que en tratándose de contratos

estatales podemos identificar dos tipos de sujetos contractuales; los sujetos contractuales típicos que corresponde a aquellas personas que se encuentran regulados por el derecho civil y comercial, además de aquellas personas de derecho público que encontramos en la Ley 489 de 1998 y que la ley 80 de 1993 en su artículo 2º incorpora en su definición para la ley contractual como entidades públicas y servidores públicos: Pero el EGC, va más allá para definir que pueden ser sujetos dentro de la relación contractual estatal y en tal sentido, encontramos que el artículo 6º nos define que pueden existir la contratación públicos unos sujetos contractuales atípicos en el derecho común y es donde nos encontramos con tres categorías de entes que pueden contratar con el Estado que son los *consorcios, uniones temporales y las sociedades con objeto único*.

De esta manera nos proponemos a tratar cada una de estos sujetos estableciendo una clasificación y determinando su régimen de responsabilidad y en especial la fiscal en lo que tiene que ver con la vinculación con la administración público mediante un contrato estatal.

### **3.1. Personas naturales: nacionales y extranjeras.**

Las personas naturales consideradas desde la vista del derecho civil, se encuentran facultadas para contratar con la administración. Para el efecto, para poder contratar con el Estado, se siguen los mismos principios generales de capacidad de las personas establecidos en el código civil. Al respecto, el código civil establece que toda persona se presume capaz, excepto en aquellas que la ley declara incapaces; de tal manera que toda persona que sea considerada capaz podrá obligarse con el Estado mediante la celebración de un contrato. Pero además de las leyes civiles sobre capacidad de las personas, para efectos de contratar con el Estado, el Estatuto General de Contratación de la administración pública establece como requisito para poder contratar y que afecta a la capacidad de esa persona, no estar



incurso en ninguna de las causales de inhabilidad, incompatibilidad o conflictos de intereses.

*“De suyo, las inhabilidades e incompatibilidades son conceptos que tocan con la capacidad para contratar y en las cuales la ley indica quiénes no pueden celebrar un contrato con una entidad estatal a pesar de ser legalmente capaces para lo otros actos jurídicos, en los términos de la ley”.*

Las personas naturales podrán ser nacionales o extranjeras. Las nacionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 96 de nuestra constitución, lo serán por nacimiento o adopción y los extranjeros son todas aquellas personas nacidas en tierra extranjera y que no sean nacionales colombianos por nacimiento o por adopción.

Además de lo anterior, la reciente reglamentación sobre el Registro de Proponentes Decreto 4881 de 2008, establece que *“todas las personas naturales o jurídicas nacionales, o las extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, deberán estar inscritas en el Registro Único de Proponentes”*. No obstante exceptúa de esta obligación como requisito para poder contratar con el Estado, de conformidad con la modificación introducida al referido decreto, mediante el decreto 836 de 2009, al disponer que “no se requerirá de este registro, ni de calificación ni de clasificación, en los casos de contratación directa; contratos para la prestación de servicios de salud; contratos cuyo valor no supere el diez por ciento (10%) de la menor cuantía de la respectiva entidad; enajenación de bienes del Estado; contratos que tengan por objeto la adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas; los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta y los contratos de concesión de cualquier índole. En los casos anteriormente

señalados, corresponderá a las entidades contratantes cumplir con la labor de verificación de las condiciones de los proponentes”. Pero que, “las personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o las personas jurídicas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales no requieren estar inscritos en el Registro Único de Proponentes; y sus condiciones serán verificadas por la entidad contratante, de conformidad con lo señalado en el artículo 52 del presente decreto”.

### **3.2. Personas jurídicas.**

De conformidad con el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, no se hace ninguna restricción en cuanto a la naturaleza de las personas que pueden contratar con las entidades públicas; de tal manera que también lo podrán hacer todas las personas jurídicas legalmente constituidas. Sin embargo, en atención a la naturaleza de esa persona jurídica la ley puede prescribir la forma de contratación de los entes públicos con estos entes solitarios. No obstante, como lo establece español Humberto Gosálbez Pequeño *“la persona jurídica tiene plena capacidad de obrar, con independencia de lo que establezcan sus reglas de constitución o modificación en relación con sus fines y su objeto. Ciertamente, estas normas afectarán, en su caso, a la responsabilidad de los órganos del ente, no a su capacidad”*.

De acuerdo con la naturaleza de la persona jurídica encontramos que estas pueden ser personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas de derecho privado, situación que también influye en la forma de contratación por parte de cada una de ellas con las entidades públicas, de tal manera que nos proponemos explicar las particularidades de cada una de ellas relacionadas con la contratación estatal. Lo que sí se debe tener presente, es que a diferencia de la capacidad de obrar que tienen estas personas jurídicas, la ley sí establece

una limitación a su capacidad de ejercicio, el cual no puede ser inferior a la del plazo del contrato y un año más; de esta manera, la Ley 80 de 1993, en el inciso segundo del artículo 6º, establece que *“las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más.”*

### **3.2.1. Personas jurídicas de derecho público.**

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández consideran que, *“Persona jurídica de derecho público es la que emana directamente del Estado y tiene como fin la prestación de los servicios públicos y la realización, en el más actual derecho, de ciertas empresas de carácter comercial.”*

*La nación es la más importante persona de derecho público y representa la personificación del ordenamiento jurídico aplicable a todos los colombianos.*

*Los departamentos (...) son también personas jurídicas, pues emanan del Estado. Estas personas tienen un radio de acción más reducido que el de la nación, pues al paso que esta se extiende a los habitantes de todo el territorio nacional, las otras solo abarcan circunscripciones territoriales de aquellas en que se divide el territorio de la nación.*

*Los establecimientos públicos son servicios públicos personificados que carecen de asiento territorial como sucede con la Universidad Nacional.*

*Al lado de las anteriores personas jurídicas han aparecido recientemente en el derecho nacional las empresas comerciales e industriales del Estado, cuyo fin no es la prestación de un servicio público, sino el desarrollo de actividades mercantiles que antiguamente correspondían a la iniciativa particular.”*

*“Por consiguiente, pese a que tanto los principios esenciales de la adjudicación como las reglas relativas a la ejecución de los contratos administrativos se establecen en la Ley de Contratos atendiendo a la naturaleza jurídico-privada de la parte que contrata con la Administración, ello no impide, en nuestra opinión, aceptar la facultad de una persona de derecho público para poder convertirse en contratista de una entidad administrativa, pues (...) toda persona jurídico-pública, al tener personalidad jurídica propia, podrá aspirar a celebrar cualquier contrato público. Únicamente no existirá tal derecho en el supuesto de que una norma, reguladora de la contratación pública en un sector concreto o del régimen jurídico aplicable a una determinada clase de entes públicos (o a uno específico), prohíba expresamente la mencionada posibilidad, o bien, establezca alguna limitación a dicha facultad legal, permitiéndole concertar sólo ciertos contratos de la Administración.”*

### **3.2.2. Personas jurídicas privadas nacionales y extranjeras.**

Siguiendo con nuestro estudio sobre los sujetos contractuales en los contratos de la administración pública, encontramos que en tratándose de las personas estas pueden ser nacionales y extranjeras como bien lo habíamos anotado antes y en consecuencia las personas jurídicas también las encontramos de estas dos categorías o naturaleza jurídica que explicaremos más adelante; es decir, sociedades comerciales, fundaciones corporaciones, etc.

Al respecto, el Código de Comercio hace la distinción entre las sociedades nacionales y extranjeras, estableciendo además el régimen jurídico que se les aplicable a una y otras. Sobre las sociedades nacionales, establece que estas se rigen para todos los efectos por el Código de Comercio y demás leyes complementarias, salvo que por su objeto estén

sometidas a un régimen jurídico especial; de tal manera que son consideradas personas jurídicas nacionales las sociedades constituidas bajo el dominio de las leyes colombianas y cuyo domicilio principal este ubicado en el territorio nacional.

Así mismo, el Código de Comercio define las sociedades extranjeras como las constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior; pero que para que estas sociedades puedan desarrollar sus negocios en el territorio nacional de manera permanente, debe establecer una sucursal, advirtiéndose que aquella sociedad extranjera que realice negocios permanentes en Colombia, sin que para ello hubiera establecido una sucursal, se hace responsable en forma solidaria con sus representantes por las obligaciones contraídas en Colombia (C. de Co., art. 482). Para tales efectos, la ley previó el cumplimiento de los siguientes requisitos para establecer sucursal en el territorio nacional:

- 1) Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y

- 2) Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, *permiso para funcionar* en el país.

Ahora, si bien las sociedades extranjeras operan por intermedio de las sucursales, en realidad éstas no tienen personería jurídica independiente de la sociedad titular del establecimiento. No obstante, las sucursales gozan de representación legal, de manera que los actos de sus apoderados vinculan a la sociedad extranjera. En este caso, las personas jurídicas extranjeras estarán representadas en los procesos por el apoderado que constituyan

de acuerdo con las formalidades prescritas en el Código de Comercio; sin embargo, la obligación de establecer una sucursal depende exclusivamente de la definición respecto de si la actividad que desea emprender la sociedad extranjera tiene carácter permanente o apenas transitorio.

Las sociedades extranjeras para contratar con cualquier entidad del Estado colombiano, al igual de que las personas jurídicas nacionales, deben establecer un registro mercantil en la Cámara de Comercio del domicilio, el cual servirá como prueba de la existencia de la sociedad domiciliada en el exterior y de la personería jurídica de su representante.

Para la contratación administrativa con sociedades extranjeras el EGC, a la vez que ha establecido la posibilidad de que estas contraten en el país, establece un principio para el tratamiento igualitario de estas con las sociedades nacionales en los procesos de selección. En virtud del principio de reciprocidad, “en los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad”.

#### **3.2.2.1. Fundaciones sin ánimo de lucro**

Las fundaciones son personas jurídicas creadas por iniciativa particular para atender, sin ánimo de lucro, servicios de interés social, conforme a la voluntad de los fundadores. “La constitución de una fundación implica la afectación de un patrimonio con destino al logro de los objetivos de interés social establecidos por su fundador. Dicho patrimonio es un

elemento esencial de su creación y subsistencia. El Decreto 1529 de 1990 dispone que deberá acreditarse la efectividad del patrimonio inicial mediante acta de recibo, suscrita por quien haya sido designado para ejercer la representación legal y el revisor fiscal de la entidad (parágrafo del art. 2º); y en los estatutos haya que consignar, entre otros aspectos, los relativos a la disolución, liquidación y destinación del remanente de los bienes a una institución de utilidad común o carente de ánimo de lucro que persiga fines similares (art. 3º, letra i). Sin embargo, la ley no exige que el particular demuestre la correlatividad o proporcionalidad entre el patrimonio y los objetivos señalados a la persona jurídica. Por lo demás, la destinación inicial de los recursos al objeto de la fundación no equivale a desaparición del patrimonio, sino al cumplimiento inicial de la voluntad de los fundadores. Los fundadores pueden prever su participación en la dirección o administración de una persona jurídica, inclusive integrar elementos propios de las asociaciones, como ya lo ha expresado esta Corporación. Por tanto, todos o algunos de los fundadores particulares ¿los funcionarios públicos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades prescrito por la ley? podrán percibir pagos por la realización de trabajos en desarrollo del objeto fundacional, conforme a los estatutos, o con sujeción a éstos, por decisión de la junta directiva”.

El sustrato de la fundación es la afectación de unos fondos preexistentes a la realización de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social. Las fundaciones forman una persona jurídica distinta de sus miembros individualmente considerados, a partir de su registro ante la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la entidad. (Artículo 40 del Decreto 2150 de 1995). Por su parte, los estatutos en ningún caso podrán ser contrarios al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres. (Parágrafo, artículo 3º del Decreto 1529 de 1990).

Para el reconocimiento de la personería jurídica de las fundaciones, el artículo 40 del

Decreto 2150 de 1995 *“Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*, estableció que el reconocimiento de personería jurídica de las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y de las demás entidades privadas sin ánimo de lucro.

Para la obtención de su personalidad, dichas entidades se constituirán por escritura pública o documento privado reconocido en el cual se expresará, cuando menos, lo siguiente:

- El nombre, identificación y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes.

- La clase de persona jurídica.

- El objeto social o del giro ordinario de los negocios.

- El patrimonio y la forma de hacer los aportes.

- La forma de administración con indicación de las atribuciones y facultades de quien tenga a su cargo la administración y representación legal.

- La periodicidad de las reuniones ordinarias y los casos en los cuales habrá de convocarse a reuniones extraordinarias.

- La duración precisa de la entidad y las causales de disolución

- La forma de hacer la liquidación una vez disuelta la Corporación o Fundación.



-Las facultades y obligaciones del Revisor Fiscal, si es del caso.

-Nombre e identificación de los administradores y representantes legales.

Sobre la forma de contratación de las entidades estatales con las fundaciones y entidades sin ánimo de lucro, es necesario tener presente lo dispuesto por la Constitución nacional en su artículo 355, en cuanto a la prohibición de otorgar auxilios y donaciones a favor de personas privadas y lo establecido por el EGC sobre la materia.

De tal manera, que las entidades públicas pueden contratar que las fundaciones y/o entidades sin ánimo de lucro siempre y cuando lo hagan con cargo al respectivo presupuesto y el objeto del contrato estén acorde con los objetivos de la entidad pública contratante y ante lo cual debe existir un título jurídico que vincule a las fundaciones con el Estado encontrando en los contratos estatales dicho vínculo. Al respecto, la Corte constitucional ha expresado que *“los contratos a que hace relación la norma en comentario, permitidos con el fin de obviar los inconvenientes surgidos por la prohibición de decretar auxilios y donaciones, deben reunir las siguientes condiciones, a saber: a) Que con ellos se trate de impulsar programas y actividades de interés público, ya que si la causa es pública su destino debe ser proporcionado a ella; b) que esos programas y actividades sean acordes con el plan nacional y los planes sectoriales de desarrollo. Nótese que la obligación se refiere a que el contrato esté "acorde", esto es, que esté conforme o en consonancia con las prioridades que en materia de gasto público establezca el Plan Nacional de Desarrollo (v.gr. educación, salud, saneamiento ambiental, agua potable, etc.), sin que ello signifique esos contratos deban hacer parte o deban estar incorporados a dicho Plan; 3) Que los recursos estén incorporados en los presupuestos de las correspondientes entidades territoriales; y, 4) Que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad”*.

### **3.2.2.2. Asociaciones o corporaciones.**

Las corporaciones o asociaciones son personas jurídicas que surgen de un acuerdo de voluntades, vinculadas mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a la realización de un fin de beneficio social, sea físico, intelectual o moral, que puede contraerse a los asociados, o a un gremio o grupo social en particular. Su régimen estatutario y las decisiones fundamentales de la entidad se derivan de la voluntad de sus miembros. Las corporaciones o asociaciones son personas jurídicas cuya base fundamental es el elemento personal. La corporación es autónoma en su creación y funcionamiento.

Las corporaciones también son consideradas entidades sin ánimo de lucro, pero que guarda notables diferencias con las fundaciones en cuanto su objeto y fines perseguidos como en su forma de constitución. De esta manera, tenemos que las corporaciones son un conjunto de personas asociadas que buscan el bienestar de sus asociados; mientras que las fundaciones están comprendidas por un conjunto de bienes aportados por los fundadores pero que su objetivo es propender por el bienestar de terceras personas que son diferentes a las pertenecientes a la fundación.

### **3.2.2.3. Sociedades comerciales.**

“El Código Civil también regula otras clases de personas jurídicas: las sociedades (art. 2079). Las sociedades pueden ser civiles o comerciales. “Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles” (art. 2085 C.C.). Las de sociedades de conformidad con la ley, pueden ser colectivas, en comandita por acciones, en comanditas simple, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas, sociedades por acciones simplificadas y las empresas

unipersonales.

#### **4. Entidades públicas con capacidad y/o competencia para contratar**

El artículo 352 de la Constitución Política, establece que la Ley Orgánica de Presupuesto, además de ocuparse de la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, tiene como uno de sus objetos la regulación de “la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.

Debe advertirse que, dado el carácter preeminente de la legislación orgánico presupuestal, el inciso final del artículo 150 constitucional que establece que “Compete al Congreso expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional”, debe interpretarse de manera armónica en relación con el artículo 352 constitucional ya reseñado.

En otras palabras, no deben entenderse como disposiciones contradictorias sino como complementarias, bajo el principio de Unidad de la Constitución al cual se ha referido la Corte Constitucional. Esta complementariedad de los dos mandatos se expresa igualmente en términos legales, como más adelante se analizará.

La interpretación armónica de las dos disposiciones constitucionales ha sido reconocida por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

La coexistencia en la Constitución de dos disposiciones que autorizan al legislador para

regular lo relativo a la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar, con diferente jerarquía normativa, pues una alude a la ley ordinaria y otra a la ley orgánica, hace necesaria la siguiente precisión:

La referencia de la norma del art. 352, con respecto a la regulación que debe contener la Ley Orgánica de Presupuesto, en cuanto a la "capacidad" para contratar de los organismos y entidades estatales, tiene su razón de ser en la circunstancia de que la celebración y ejecución de contratos necesariamente implica el ejercicio de competencias relativas a la ordenación del gasto. Por lo tanto, se requiere que en dicha ley se determine cuáles son los órganos que tienen la aptitud legal o la competencia de contratar y comprometer recursos a nombre de la respectiva persona jurídica.

Se trata, en consecuencia, de dos competencias concurrentes que no se excluyen y, en tal virtud, las regulaciones contenidas en el estatuto contractual en materia de capacidad de las entidades públicas para contratar deben estar en armonía con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Presupuesto.

Como hay que entender, según los términos del art. 151 de la Constitución, que las leyes orgánicas establecen reglas "a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa", necesariamente las normas contentivas del estatuto de contratación que el legislador expida deben guardar armonía o correspondencia con las de la Ley Orgánica de Presupuesto que regulan la capacidad de contratación de los organismos y entidades públicas.

Dicho de otra manera, la Ley Orgánica de Presupuesto regula la competencia para contratar referida especialmente a la facultad de comprometer recursos y la ley general de contratación reglamenta como un todo la capacidad de los sujetos públicos y privados para

obligarse a través de las relaciones contractuales, teniendo en cuenta como referente necesario lo regulado en dicha ley orgánica.

En este orden de ideas, es la legislación orgánica presupuestal el mecanismo jurídico constitucional pertinente para definir la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

Como consecuencia de lo anterior, el legislador colombiano ha expedido en los últimos años varias leyes orgánicas de presupuesto, a saber, Ley 38 de 1989, Ley 179 de 1994 y Ley 225 de 1995. El Gobierno Nacional expidió el Decreto Nacional 111 de 1996 que recoge en un solo texto las tres leyes orgánicas mencionadas, para facilitar la comprensión y ejecución de las mismas por parte tanto de las autoridades públicas como de los particulares.

El artículo 2° de la citada compilación dispone que "Esta Ley Orgánica del Presupuesto, su reglamento, las disposiciones legales que ésta expresamente autorice, además de lo señalado en la Constitución, serán las únicas que podrán regular la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución del Presupuesto, así como la capacidad de contratación y la definición del gasto público social" (se subraya).

En este aspecto contractual, se prescribe en el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 que *"Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de contratación de la Administración Pública, y en las*

*disposiciones legales vigentes".*

Se dispone en este mismo artículo que *"En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica".* (se subraya).

Lo anterior significa que en las entidades territoriales, de conformidad con sus estatutos orgánicos de presupuesto, tienen capacidad para contratar los órganos que sean secciones en el presupuesto. En otras palabras, por remisión directa del Estatuto Orgánico de Presupuesto que, como ya se mencionó, tiene jerarquía jurídica superior a la de las leyes ordinarias, son las mismas entidades territoriales en sus estatutos orgánicos quienes definen la capacidad para contratar al interior de las mismas.

Como ya se mencionó, la Ley 80 de 1993, estatuto de contratación administrativa, tiene como fundamento constitucional el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política que, tal como ya se afirmó, debe interpretarse y aplicarse de manera armónica con el artículo 352 constitucional ya citado.

Determina, en este sentido, el artículo 2° de la Ley 80 de 1993 que son entidades estatales, para efectos contractuales, además de varios órganos señalados de manera expresa, *"los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos".*

Surgen de este precepto dos conclusiones importantes para nuestro estudio. Por una parte, que la descripción de las entidades estatales que tienen capacidad para contratar no es taxativa, es decir, que las entidades señaladas expresamente en el artículo 2° de la Ley 80 de

1993, no son las únicas que tienen capacidad para contratar, sino que lo pueden ser igualmente otras entidades no mencionadas en La Ley 80 a las cuales la ley les reconozca la citada capacidad.

Por la otra, en consonancia con lo manifestado hasta ahora, que la ley a que se refiere el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, no puede ser sino la Ley Orgánica de Presupuesto. En otras palabras, además de las entidades estatales descritas en la Ley 80 de 1993 con capacidad para contratar, también tienen capacidad para los mismos efectos las entidades definidas como una sección en el presupuesto, por las disposiciones orgánicas de presupuesto, no reseñadas directamente en la Ley 80 de 1993.

En síntesis, tienen capacidad para contratar las entidades a las que se reconoce tal competencia en la Ley 80 de 1993 y en las disposiciones orgánicas de presupuesto, esto es, en el Decreto 111 de 1996.

## **5. Aspectos relevantes de las sociedades comerciales para el contrato estatal y la responsabilidad fiscal.**

Tal como lo habíamos enunciado anteriormente, las distintas sociedades comerciales reguladas por el derecho mercantil, conservan características diferentes y en especial en el régimen de responsabilidad de las personas que la conforman; el cual influye al momento de declarar la responsabilidad de dicha sociedad como contratista de la administración pública, por las acciones u omisiones que en virtud de la relación contractual halla lugar a declarar.

De esta manera, a continuación analizaremos algunos aspectos característicos de las

sociedades comerciales en nuestro ordenamiento nacional para finalmente poder determinar la responsabilidad que podría derivarse tanto de los socios como de la sociedad.

### **5.1. Sociedades Anónimas- S.A.**

Las sociedades anónimas, de conformidad con el Código de Comercio colombiano, se caracteriza por cuanto es la más impersonal de todas, en cuanto lo que une a los distintos socios es su inversión de capital representada en acciones. Las sociedades anónimas serán abiertas o cerradas, teniendo en cuenta los requisitos legales, por efectos del decreto 679 de 1994 se consideran abiertas cuando: (i) la sociedad tiene más de 300 accionistas; (ii) ninguno de los accionistas tiene más del 30% de las mismas; y (iii) cuando las acciones están inscritas en la bolsa de valores.

*“La sociedad anónima sigue siendo el prototipo de las sociedades de capital. De ahí que con frecuencia se utilice como medio para acometer proyectos de grandes dimensiones. El elemento intuitu rei se refleja en diversos rasgos de su regulación normativa. La limitación del riesgo de los accionistas, sumada a su relativa separación de la gestión de los negocios sociales, justifica la existencia de una infraestructura normativa compleja y amplia”.*

La sociedad anónima se caracteriza esencialmente por su índole impersonal, que se refleja en el carácter no dirimente de los vicios del consentimiento que se relacionen con el ámbito personal de los accionistas, la limitación del riesgo de éstos hasta el monto de lo aportado, la libre negociabilidad de las acciones y la administración de los negocios sociales mediante gestores temporales y revocables. Estas características, consagradas de manera expresa en el artículo 373 del Código de Comercio, denotan inequívocamente la orientación legislativa tendiente a preservar la conspicua línea divisoria entre el patrimonio personal de los



accionistas y el de la compañía, así como la clara diferenciación entre la actividad individual de los asociados y las obligaciones de gestión de la empresa social, cuya responsabilidad se radica en forma exclusiva en cabeza de los administradores.

Es claro que a pesar del carácter eminentemente capitalista de la sociedad anónima, los accionistas pueden convenir en morigerar su carácter impersonal, mediante estipulaciones que impidan el acceso de extraños, tales como las que establecen derechos de preferencia tanto en la suscripción como en la enajenación de acciones. Así mismo, puede alcanzarse la participación de algunos o de todos los accionistas en los órganos de administración de la compañía-junta directiva y representación legal- para lograr la injerencia directa de los inversionistas en la gestión social. Puede inclusive lograrse, por medio de contratos autónomos y ajenos a los estatutos, que los accionistas respondan de forma solidaria por obligaciones de la sociedad u otorguen garantías a ésta. Todas estas posibilidades de acercamiento de los accionistas a la actividad de la sociedad son viables dentro de la estructura normativa vigente. (...).

Así mismo en cuanto a la responsabilidad dentro de este tipo societario el doctrinante Reyes Villamizar también anota que “El rasgo principal de la sociedad anónima es que la responsabilidad de los accionistas está restringida al monto de sus aportes, aun en el ámbito laboral. Sin embargo, hay ocasiones en que este principio no rige y genera unas pocas excepciones que conviene señalar. Tal es el caso de la acción de desestimación de la personalidad jurídica consagrada en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, para hipótesis de concurso de una sociedad filial en aquellos casos en que los activos resulten insuficientes para pagar el pasivo externo. Lo propio ocurre en las acciones que surgen de lo previsto en el artículo 207 de la misma ley, en el cual se determina una responsabilidad subsidiaria en procesos de liquidación obligatoria. Este último mecanismo

sólo procede cuando se ha comprobado que los asociados han obrado de manera fraudulenta.

En cuanto a la administración y representación legal. Como quedó dicho, este tipo de sociedad está concebido para empresas de grandes dimensiones. Esta circunstancia justifica la regulación de una estructura más compleja que la prevista para los demás tipos de sociedades. Por ello, además del órgano de dirección, que es la asamblea general de accionistas, existe un órgano de representación legal, que recibe la denominación de gerente. Además, las normas vigentes contemplan la existencia de un revisor fiscal en las sociedades por acciones cuya función principal es la de controlar la actividad de los administradores.

De lo anterior se infiere que los accionistas no participan, en principio, en la administración de los negocios sociales, aun cuando pueden acceder al órgano de administración si son elegidos para ocupar el cargo de director. Para el efecto, se ha previsto en la legislación el sistema de cociente electoral que garantiza la participación proporcional de los diferentes grupos de accionistas en el órgano de administración. Inclusive, dentro de la estructura jerárquica prevista en las normas vigentes, la junta directiva designa, salvo estipulación en contrario, al representante legal de la sociedad. Este esquema hace que el control sobre la administración lo ejerzan quienes detentan la mayoría absoluta en aquellos casos en que el capital está concentrado o por el grupo que logre consolidar una mayoría relativa cuando el capital está disperso.

La circunstancia de que los accionistas no participen por ministerio de la ley en la administración de la sociedad ni estén sujetos a una responsabilidad subsidiaria por las obligaciones sociales, hace innecesaria la fiscalización permanente sobre los libros y demás

documentos sociales. Así mismo, la cantidad de accionistas que la sociedad puede llegar a tener-en especial si negocian sus acciones en el mercado público de valores-, podría convertir el procedimiento de fiscalización individual en un expediente engorroso y perjudicial para la administración de la compañía. Por ello la ley restringe, el ámbito temporal de ejercicio de esta prerrogativa a los quince días hábiles anteriores a la reunión de la asamblea general de accionistas en la que hayan de aprobarse balances de fin de ejercicio. Así, pues, se entiende que durante el resto del período contable el ejercicio de la fiscalización de la sociedad recae en el revisor fiscal y, si las circunstancias legales se cumplen, en la entidad gubernamental que ejerza la vigilancia sobre la sociedad.”

Otra forma de fiscalización de esta sociedad esta dada por la supervisión estatal. “Incumbe a los organismos creados en desarrollo de la norma constitucional que adscribe al Presidente de la República la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles.

En la evolución histórica de la sociedad anónima se han conocido varios sistemas que reflejan las sucesivas actitudes del Estado frente a ella, a saber:

1º) El de concesión oficial;

2º) El de libertad absoluta;

3º) El de autorización gubernativa, y

4º) El de disposiciones normativas, llamado también sistema de reglamentación legal.

Este último es el vigente en Colombia. Fue instituido por primera vez en Francia en 1896 y consiste en la libertad de creación de la sociedad compensada por la exigencia de ciertos requisitos que han de cumplirse en interés de los accionistas y terceros.

Durante la existencia de la sociedad el Estado vigila la forma y las condiciones como ella desarrolla sus actividades, en procura de que acaten las leyes y sus propios estatutos que la regulan; verificar el desarrollo del objeto para que fue constituida; si lleva su contabilidad al día; si sus activos son reales y se hallan adecuadamente protegidos; si sus estados financieros corresponden a la realidad económica y contable; si las utilidades repartidas o por repartir son realmente liquidadas en cada ejercicio social o si se han producido pérdidas que determinen su disolución.

La entidad oficial lleva a cabo visitas para examinar los libros y papeles sociales; evaluar la forma como se administran sus bienes y negocios; envía delegados a las sesiones de la asamblea y la convoca cuando no se reúne o sesiona en las oportunidades señaladas en la ley o en los estatutos, así como cuando se han cometido irregularidades graves en la administración, o por solicitud del número plural de accionistas fijado en los estatutos o que represente no menos de la quinta parte de las acciones suscritas. (C. de Co., art. 423); investiga las anomalías o infracciones de las leyes o de los estatutos; revisa los estados financieros y los glosa en caso necesario; aprueba el avalúo de los aportes en especie; autoriza las colocaciones de acciones, verifica las reformas estatutarias, etc.

Y si incurre en violaciones de la ley o de los estatutos, el organismo de supervigilancia impone los correctivos pertinentes.”

## **5.2 Sociedades de responsabilidad limitada-Ltda.**

Las sociedades de responsabilidad limitada, conforme al Código de Comercio deben tener mínimo dos socios y máximo veinticinco; cuya voluntad debe ser elevada al protocolo de la

escritura pública, y en donde la responsabilidad de los mismos llega hasta el monto de sus aportes. Los socios tienen una doble calidad, de una parte su aporte está representado en cuotas de capital y ello le da la características de socios de capital; y de otra parte su calidad de socios y la responsabilidad de administración de la misma le da la característica de sociedad de personas.

*“Este tipo de sociedad, que bien puede denominarse híbrido o mixto, participa de algunas características propias del régimen personalista y de otras propias de la sociedad de capitales. Desde un punto de vista mercantil, tiende a ser una sociedad intuito rei, puesto que las normas aplicables de manera subsidiaria son las previstas para las sociedades anónimas. Sin embargo, su sistema supletivo de administración y representación legal se nutre del régimen jurídico de las sociedades colectivas. Esta ambivalencia presenta también para ambigüedades relativas a la aplicación de diversos regímenes jurídicos, tal como ocurre con las normas de derecho laboral....*

*Como principales ventajas de la sociedad de responsabilidad limitada pueden citarse, entre otras las siguientes: a) Capital dividido en cuotas que no son libremente negociables (el derecho de preferencia es rígido); b) es una sociedad cerrada; c) no tienen una estructura tan compleja como la de la sociedad anónima (en principio, no requiere junta directiva y solo por excepción requiere un revisor fiscal); d) los socio tienen acceso permanente a los documentos y papeles de la sociedad (el derecho de fiscalización individual es continuado); e) no se regulan legalmente, ni se mencionan como prohibidas, figuras tales como la junta directiva, la prima por colocación, la disolución social por reunirse en una sola persona el 95 por ciento o más de las cuotas sociales, las cuotas privilegiadas, la readquisición de cuotas, la propiedad sobre los dividendos pendientes de pago, la limitación a al negociación de cuotas por los administradores (es una sociedad regulada por menos normas imperativas); f) se permite la prenda sin tenencia de las cuotas sociales, sometidas al derecho de preferencia. Como principales desventajas de la sociedad limitada, pueden señalarse éstas: a) la cesión de cuotas supone una reforma estatutaria que deberá aprobarla una mayoría calificada; b) las cuotas sociales*

*deben pagarse desde la constitución de la sociedad o en el momento en que se aumente el capital: c) el capital social debe estar enteramente pagado en todo momento; d) en principio, las cuotas están excluidas de la posibilidad de inscribirse en bolsa de valores; e) no puede emitir bonos obligatoriamente convertibles en cuotas de capital social para financiar su operación; f) existe solidaridad ate las obligaciones fiscales y laborales de la sociedad, para todos los socios, tanto en cabeza de aquellos que han cancelado íntegramente su aporte, como de aquellos que no lo han hecho". (Cita al pie 169, página 72).*

En cuanto a la dirección, administración y representación legal de la sociedad se ha establecido que, *"A pesar de la defectuosa redacción del artículo 358 del Código de Comercio, rigen estas pautas:*

*-La representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponden a todos los socios;*

*-La junta de socios como un órgano máximo tiene atribuciones claramente especificadas;*

*-La junta de socios está facultada para delegar la representación y la administración en un gerente, indicando clara y precisamente sus atribuciones, y*

*-La delegación y las funciones del delegado han de constar en cláusulas estatutarias, pues fijan la extensión de los poderes del delgado.*

*-Además las limitaciones o restricciones de las mismas han de inscribirse en el registro mercantil para que sean oponibles a terceros."*

De otra parte, la responsabilidad de los socios. *"Por disposición legal, los socios solamente responden*

*hasta el monto de sus aportes. Sin embargo, esta limitación, establecida en el Código de Comercio, tiene excepciones de variada índole".* En primer lugar, existe una excepción en materia fiscal, consagrada a partir de la expedición de la ley 75 de 1986 (art.26), de acuerdo con esta norma, tal como fue modificada por el artículo 163 de la ley 223 de 1995, *"los socios, copartícipes, asociados, responden solidariamente por los impuestos de la sociedad correspondientes a los años gravables 1987 y siguientes, a prorrata de sus aportes en la misma y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable"*. Tal mecanismo significa que si los recursos de la persona jurídica son insuficientes para satisfacer las deudas fiscales, podría extenderse la responsabilidad a los asociados. Esta norma es aplicable no sólo a las sociedades de responsabilidad limitada, sino, sino también a las comanditarias simples y colectivas. A pesar de que en la regla comentada se establece un régimen de "solidaridad" para el pago de impuestos a cargo de la sociedad, la exigibilidad de este sistema de extensión de responsabilidad está sometida a un doble prorrateo. Por consiguiente, los asociados responden en forma proporcional a su participación porcentual en el capital social y sólo por el tiempo durante el cual hubieren permanecido en la compañía.

En segundo lugar, el principio de limitación de riesgo de los socios encuentra una excepción en el ordenamiento laboral. El artículo 36 del Código sustantivo del Trabajo dispone que los socios de las sociedades de personas son solidariamente responsables por las deudas laborales de la compañía. No obstante que el artículo 372 del Código de Comercio prevé un principio de remisión por cuyo efecto se le aplican a la sociedad de responsabilidad limitada las normas propias de las anónimas en todo aquello que no éste expresamente ordenado en la regulación típica de aquélla, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que para efectos laborales debe ser tratada como una sociedad de personas.

Así mismo, hay fuentes de responsabilidad adicionales derivadas de normas contenidas en el

Código de Comercio. En primer lugar, es viable que tales sistemas de ampliación del riesgo de los asociados sean definidos por vía estatutaria. En efecto, en los términos del artículo 353 del Código de Comercio, en el contrato social se puede pactar que los socios asumirán una mayor responsabilidad, prestaciones accesorias o garantías suplementarias, “siempre que se exprese su naturaleza, cuantía, duración y modalidad”. Por lo demás, existen algunas excepciones a la limitación de la responsabilidad de los socios que se derivan de las actuaciones mismas de los socios en la compañía. . Por ello, el artículo 355 del estatuto citado prescribe que cuando el aporte de los asociados no se haya pagado en su totalidad en el momento de la constitución, los socios responderán solidariamente por las obligaciones sociales. Pero también, el artículo 354, ibídem, determina que los socios *“responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie”*. Por último, en los términos del artículo 357 del estatuto mercantil, la omisión de la palabra “limitada” o de su abreviatura “Ltda.” en la denominación o razón social de la compañía, da lugar a una responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios ante terceros.

### **5.3. Sociedades en comanditas por acciones- S.C.A.**

Este tipo de sociedad igualmente encuentra regulación legal en el Código de Comercio, *“Aunque la en comandita simple es una sociedad cuyo capital se divide en cuotas y en la por acciones se fracciona en títulos negociables, es evidente que ostentan aspectos similares. Quizás esta sea la razón para que el Título IV del Libro Segundo del Código de Comercio comprenda la regulación de ambas. Y como los artículos 323 a 336 contienen las “disposiciones comunes” los comentarios de los mismos son pertinentes para una y para otra”*.

Es por ello que se tratarán dentro del presente capítulo aspectos que son comunes tanto a la sociedad en comandita por acciones como a la sociedad en comandita simple y para



diferenciarlas se establecerán en el próximo capítulo algunos rasgos que singularizan a la sociedad en comandita simple.

*“Estas compañías son inconcebibles sin la presencia permanente de dos clases o categorías de socios: los gestores que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales, y los comanditarios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes (C. de Co., art. 323)”.*

A la responsabilidad que asume cada clase de socios se añade otra diferencia cual es la consistente en que la administración del patrimonio y los negocios sociales corresponde a los gestores mientras que los comanditarios no son administradores y sólo pueden ejercer funciones de representación de la compañía como delegados y para negocios determinados. Así mismo al paso que los gestores aportan básicamente trabajo o servicios personales, los comanditarios no pueden en ningún caso ser socios industriales.

La yuxtaposición de las dos clases de socios es *intuitu personae*, pero en condiciones jurídicamente diferentes. En efecto, como los socios gestores son administradores exclusivos de la sociedad (art. 326 *ibídem*), deben tener la aptitud legal necesaria para asociarse por sí mismo, sin autorización de otra persona, y comprometer ilimitadamente su responsabilidad.

A su turno los comanditarios no se inmiscuyen en la administración ni pueden ejercer de modo permanente la representación de la sociedad. En verdad sería contradictorio que quien sólo responde hasta concurrencia de su aporte tuviera a su cargo la gestión social comprometiendo en ésta a los gestores de manera ilimitada y solidaria.

Respecto del número de gestores no existe norma que limite. Así se infiere de la ausencia de

reglas sobre el particular tanto en la normatividad de las comanditarias como de la colectiva. En cambio, parece que los comanditarios de la simple no pueden exceder de veinticinco en virtud de la remisión imperativa establecida en el artículo 341 del Código de Comercio, según la cual en lo no previsto en la regulación de esta forma asociativa respecto de los comanditarios, deben aplicarse las disposiciones de la compañía de responsabilidad limitada, cuya pluralidad máxima de socios está restringida a veinticinco.

El *intuitu personae* es un elemento que incide más entre los gestores, porque comprometen su responsabilidad de manera solidaria e ilimitada, más no subsidiaria como los socios de la colectiva. Esta característica implica que de antemano han examinado los atributos y virtudes de los demás gestores, el grado de confianza que se inspira recíprocamente, sus conocimientos en la respectiva actividad social, su capacidad administrativa e idoneidad moral u, lógicamente, su situación patrimonial. Así mismo ese elemento es apreciado por los comanditarios respecto de los gestores porque sus aportes van a ser manejados con autonomía por éstos en el desarrollo de la empresa social.

(...)

En las dos formas de comanditarias se consagran tres vertientes de normas, a saber:

- La prevista en la ley para cada una de ellas;
- En lo no previsto en su respectiva regulación, se aplican a los socios gestores, las disposiciones de la sociedad colectiva ( arts. 341 y 352), y
- En la comandita simple, en lo no previsto en su propia regulación, se aplica a los comanditarios, los preceptos de la compañía de responsabilidad limitada (art.341).

-Y en la comandita por acciones, en lo no reglado es su preceptiva particular, se aplica a los comanditarios las normas de la anónima (art. 352).

Los socios gestores de las comanditarias asumen por las operaciones sociales una responsabilidad ilimitada y solidaria, pero no de carácter subsidiario sino directa.

### **-Ilimitada**

Consiste en que los patrimonios individuales de los socios gestores representan una garantía o prenda general para los terceros. Por consiguiente, si los activos sociales son insuficientes para atender el pasivo externo, el faltante se cubre con dichos patrimonios.

### **-Solidaria**

Significa que si la compañía incumple a un tercero, éste podrá cobrar su acreencia a cualquiera de los socios gestores, o a varios, o a todos, según estime más conveniente para salvaguardar sus intereses.

### **-Directa.**

A favor de los socios de la colectiva obra una salvedad a la regla común y ordinaria y en cierta medida sus patrimonios particulares ocupan un segundo plano en el cumplimiento de las obligaciones sociales, puesto que su responsabilidad tiene carácter subsidiario y sólo puede hacerse efectiva después de intimar aún extrajudicialmente a la sociedad y demostrar que el requerimiento ha sido en vano. Además, les permite invocar las excepciones que ésta tenga contra sus acreedores. Para los socios gestores de las comanditarias no existe un

burladero defensivo ya que es legalmente factible deducir su responsabilidad sin exigirle previamente a la sociedad que satisfaga el crédito insoluto ni acreditar que ésta ha sido requerida infructuosamente para obtener el pago.

En cuanto a la responsabilidad de los comanditarios, una vez cumplida la obligación de entregar los aportes en el lugar, forma y tiempo debidos, automáticamente la porción del patrimonio que no involucra en la compañía queda deslindada del de ésta. De manera que si para los socios colectivos surge una interrelación de patrimonios-los de ellos y el de la compañía-, los comanditarios, por el contrario, están patrimonialmente separados de la sociedad.

Sin embargo, esta separación no es absoluta, porque la ley contempla situaciones excepcionales como las que se enuncian enseguida:

-Cuando la sociedad no esté sometida a la inspección y vigilancia del Estado, los asociados (tanto colectivos como comanditarios) son solidariamente responsables por el valor atribuido a los aportes en especie, a la fecha de la aportación, ya se efectúen en el instante de la constitución de aquella o ya posteriormente (C. de Co., art. 135);

-Cuando el comanditario tolere la inclusión de su nombre en la razón social, responderá como socio colectivo (C. de Co., art. 324);

-Cuando el comanditario ejerza funciones de representación de la sociedad como delegado de los gestores, y al hacer uso de la razón social no indica que obra poder,

responde solidariamente con los gestores por las operaciones que celebre o ejecute.

-Si los terceros dudan razonablemente acerca de la calidad de comanditario de un socio, la ley presume que es colectivo (C. de Co., art. 335), con la secuela de responder ilimitada y solidariamente, así sea de modo subsidiario;

-Si los terceros dudan respecto de la especie o tipo de sociedad, al ley presume que es colectiva (art. 335 citado), y en ese caso la responsabilidad de todos los socios por la operaciones sociales será ilimitada y solidaria aunque ya no directa sino subsidiaria (C. de Co., art. 294), y

-Si en la razón social de la compañía se omite la indicación de que es comandita simple (S. en C.) o comandita por acciones (S.C.A.) la ley presume que la sociedad es colectiva, con la consecuencia de que todos los asociados responden ilimitada y solidariamente, aunque en forma subsidiaria (C. de Co., art. 324).

La representación legal de las en comandita corresponde a todos los gestores, quienes pueden delegarla en un consocio gestor o en un extraño. Tal representación ha de ajustarse a las estipulaciones estatutarias, y a falta de éstas, se presume aptitud legal para celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad (C. de Co., art., 196).

Esta directriz aparece corroborada en el artículo 311, así:

La representación de la sociedad llevará implícita la facultad de usar la firma social y de celebrar todas las operaciones comprendidas dentro del giro ordinario de los negocios sociales.

Y en cuanto atañe a títulos valores los representantes legales de sociedades se reputan autorizados, por el solo hecho de su nombramiento, para suscribirlos a nombre de la compañía.

Cualquier restricción en el ejercicio de la facultad representativa, es menester que conste en los estatutos inscritos en el registro mercantil, para que sea oponible a terceros.

#### **5.4. Sociedades en comanditas simples- S en C.**

Una vez establecido lo anterior, algunos aspectos en que se diferencia la sociedad en comandita simple son:

*“En la comandita simple la pluralidad mínima exigida es de un colectivo o gestor y un comanditario, cuya yuxtaposición es indispensable no sólo para formarla sino también para que subsista. La desaparición de una de las dos categorías de socios está erigida en causal de disolución (C. de Co., art. 333, ord.3º).*

*El intuito personae resalta más en los comanditarios de la simple que en los de la accionaria. Ciertamente en la primera los aportantes de capital liberan cuotas no representadas en títulos que faciliten su transferibilidad y tanto la cesión parcial o total de las mismas como el ingreso de nuevos comanditarios, implica siempre una reforma estatutaria que ha de reunir la plenitud de formalidades para que tales actos sean oponibles a terceros.*

*La junta de socios se conforma con la asistencia de las dos categorías de socios, pues inclusive en las sesiones por derecho propio o de segunda convocatoria han de participar como mínimo un gestor y un comanditario y tiene como funciones generales las enumeradas en el artículo 187 del Código de Comercio.”*

## **5.5. Sociedades Colectivas.**

Es la forma asociativa típica del régimen personalista. De ahí que pueda utilizarse en sociedades de dimensiones modestas, en las que prevalece el carácter cerrado y muchas veces familiar de la asociación. En estas sociedades los vínculos de confianza se manifiestan en las relaciones estrechas entre los asociados. También es frecuente la existencia de condiciones de contratación, que tienen que ver con la idoneidad de sus integrantes o su vinculación a un núcleo familiar o de amistad. A continuación se analizan algunas de sus principales características.

De conformidad con su naturaleza, la responsabilidad de los asociados en este tipo social es solidaria, subsidiaria e ilimitada. Es decir, que los socios comprometen la totalidad de su patrimonio personal como prenda general de los acreedores de la compañía. (...)

La responsabilidad que asumen los socios colectivos, no obstante ser solidaria e ilimitada, es meramente subsidiaria. Esta circunstancia protege el patrimonio personal de los socios ante los acreedores sociales mientras no demuestre que se ha requerido vanamente a la sociedad para el pago. Por tanto, quienes pretendan hacer valer sus créditos respecto de los asociados deberán intentar el cobro al obligado principal, que es la compañía.

Este beneficio ocasiona una cierta separación patrimonial entre los socios y la sociedad

colectiva. Y aunque esta independencia no es tan amplia como en las sociedades de capital, sí se presenta para los socios en forma más beneficiosa que en las sociedades de hecho. En estas últimas no se crea una persona jurídica diferente a los socios. Por tanto, deben estos responder en forma directa y personal ante los acreedores. El asociado de la colectiva, como es lógico, cuenta además con la posibilidad de alegar las excepciones que tenga la sociedad contra sus acreedores. (...)

La importancia que tiene la persona del socio y su directa responsabilidad en la gestión de los negocios sociales, hace que la sociedad colectiva y sus asociados estén sujetos a un régimen riguroso respecto de la actividad social, la cesión de las partes de interés y la admisión de nuevos socios.

Aun cuando la sociedad colectiva responde al criterio personalista de clasificación, está permitido que formen parte de ella tanto las personas naturales como las jurídicas y, en especial, otras sociedades de cualquiera de los tipos previstos en el Código de Comercio. Desde luego que para este efecto será necesario el voto unánime de los asociados. La misma votación es indispensable para aprobar la cesión del interés de un asociado, aun cuando el cesionario también forme parte de la compañía. Por este motivo, el artículo 296 del Código le exige al cedente obtener autorización expresa de sus consocios, para efectos de la enajenación de su parte de interés. Si se infringe esta disposición, el acto no producirá efecto alguno respecto de la sociedad ni del cesionario. Además, tanto la admisión de nuevos socios como la cesión del interés social deben solemnizarse en escritura pública.

Como característica propia de las sociedades *intuitu personae*, se establece que todos los socios tienen vocación directa para ejercer la administración y representación legal de la compañía. Es decir, la gestión social es conjunta y directa, salvo que se delegue en un



tercero o en un consocio por disposición expresa de los estatutos de la sociedad.

Finalmente, los asociados tienen el derecho de veto sobre cualquier operación de la sociedad que no verse sobre la mera conservación de los bienes sociales. Se trata de la posibilidad que la ley les otorga de oponerse.

A cualquier negocio que pretenda celebrar la persona jurídica. El efecto principal de esta facultad consiste en la posibilidad de que se suspenda la operación hasta que se decida sobre el particular, por mayoría de votos. La realización del negocio, a pesar del veto de un asociado, libera de responsabilidad al socio que se opuso.

## **5.6. Empresa Unipersonal.**

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 46 de la Ley 1258 de 2008, a la cual haremos referencia más adelante. Explicaremos en que consiste esta empresa, ya que en nuestra posición dicha ley no derogó esta clase de empresa, aun cuando en la práctica la haga inviable por ser más simple la constitución de una Sociedad por acciones simplificada (SAS).

Se define la empresa como toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad realizada a través de uno o más establecimientos de comercio. El establecimiento de comercio se define como el conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. La empresa y el establecimiento de comercio son figuras complementarias, pues mientras la empresa es una organización económica destinada a la producción o a la distribución o mediación de bienes o servicios

para el mercado, los establecimientos de comercio son los instrumentos a través de los cuales se realizan, ejecutan o materializan los fines de la empresa.

Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.

La Empresa Unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.

*“Mediante la Empresa Unipersonal (E.U), una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil. La Empresa Unipersonal, una vez inscrita en el Registro Mercantil, forma una persona jurídica. (Art. 71. Ley 222 de 1995)”.*

Este mismo artículo en su párrafo expresa que *“Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.”*

La Empresa Unipersonal se crea mediante documento escrito en el cual se expresa: Nombre, documento de identidad, domicilio, dirección de la empresa, denominación o razón social seguida de la expresión “Empresa Unipersonal”, o de su sigla “E.U”, so pena de que el empresario responda ilimitadamente; domicilio, término de duración si no es indefinido, actividades principales, monto del capital, número de cuotas en que se divide el capital y la forma de administración.

La Empresa Unipersonal se creará mediante documento escrito en el cual se expresará:

Nombre, documento de identidad, domicilio y dirección del empresario;

2. Denominación o razón social de la empresa, seguida de la expresión "Empresa Unipersonal", o de su sigla E.U., so pena de que el empresario responda ilimitadamente.

3. El domicilio.

4. El término de duración, si éste no fuere indefinido.

5. Una enunciación clara y completa de las actividades principales, a menos que se exprese que la empresa podrá realizar cualquier acto lícito de comercio.

6. El monto del capital haciendo una descripción pormenorizada los bienes aportados, con estimación de su valor. El empresario responderá por el valor asignado a los bienes en el documento constitutivo. Cuando los activos destinados a la empresa comprendan bienes cuya transferencia requiera escritura pública, la constitución de la empresa deberá hacerse de igual manera e inscribirse también en los registros correspondientes.

7. El número de cuotas de igual valor nominal en que se dividirá el capital de la empresa.

8. La forma de administración y el nombre, documento de identidad y las facultades de sus administradores. A falta de estipulaciones se entenderá que los administradores podrán adelantar todos los actos, comprendidos dentro de las actividades previstas. Delegada

totalmente la administración y mientras se mantenga dicha delegación, el empresario no podrá realizar actos y contratos a nombre de la Empresa Unipersonal. (Art. 72 Ley 222/95).

En el párrafo de este mismo artículo se señala a su vez que, *“Las Cámaras de Comercio se abstendrán de inscribir el documento mediante el cual se constituya la empresa unipersonal, cuando se omita alguno de los requisitos previstos en este artículo o cuando a la diligencia de registro no concurra personalmente el constituyente o su representante o apoderado.”*

La responsabilidad de los administradores será la prevista en el régimen general de sociedades.

En ningún caso el empresario podrá directamente o por interpuesta persona retirar para sí o para un tercero, cualquier clase de bienes pertenecientes a la Empresa Unipersonal, salvo que se trate de utilidades debidamente justificados. El titular de la empresa unipersonal no puede contratar con ésta, ni tampoco podrán hacerlo entre sí empresas unipersonales constituidas por el mismo titular. Tales actos serán ineficaces de pleno derecho. (Art. 75 ley 222/95).

Así mismo el artículo 80 de la Ley 222 de 1995 establece que *“se aplicará a la empresa unipersonal en cuanto sean compatibles, las disposiciones relativas a las sociedades comerciales y, en especial, las que regulan la sociedad de responsabilidad limitada.”*

Las empresas unipersonales estarán sujetas, en lo pertinente, a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, en los casos que determine el Presidente de la República.

Se entenderán predicables de la empresa unipersonal las referencias que a las sociedades se hagan en los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades previstos en la Constitución o en la ley.

### **5.7. Sociedades por acciones simplificadas- SAS.**

Es la mas novel de las sociedades en Colombia, pues *“La Sociedad por acciones simplificada (SAS) francesa, que constituye uno de los avances más sugestivos del derecho societario de los últimos tiempos. Creada mediante la ley de 3 de enero de 1994 y modificada más adelante en los años 1999 y 2001, se ha convertido en una opción asociativa que ofrece ventajas para los empresarios de ese país. Las características simplificadas del tipo implican que su regulación queda, en general, sujeta a las pautas contractuales que sus asociados escojan. Así, las reglas legales de la sociedad anónima francesa serán aplicables sólo en la medida en que no se hubiere pactado cosa distinta en los estatutos sociales. Es decir, que tienen, por lo común, carácter meramente dispositivo”*. No en vano ha sido denominada por MAURICE COZIAN como sociedad-contrato. Es precisamente esta característica la que permite conjugar los elementos beneficiosos de las sociedades de capital, con un acentuado *intuitu personae*, que hace muy propicia su utilización para negocios familiares o para otros emprendimientos de pequeñas y medianas dimensiones. Como es normal dentro de las tendencias más avanzadas, la sociedad por acciones simplificada puede ser constituida y funcionar con un solo accionista. Nada diferente podría esperarse, luego de cumplidos más de quince años de vigencia de la Duodécima Directiva Comunitaria, en materia de sociedades de capital unipersonales. Esta circunstancia también la hace particularmente idónea para la organización de grupos de sociedades, puesto que facilita una estructuración simple y ligera de filiales íntegramente controladas.

Actualmente esta sociedad fue creada en nuestro país mediante la ley 1258 de 2008. En primer lugar, las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.) pueden constituirse con cualquier monto de capital social (inferior o superior a los 500 salarios mínimos, que era el tope del que hablaba la ley 1014 de 2006) y con cualquier cantidad de empleados (inferior o superior a los 10).

Además, las sociedades por acciones simplificadas pueden constituirse y funcionar con uno o varios accionistas (ya sean estas personas jurídicas o persona naturales, como indica el artículo 1).

Se podrá constituir con un documento privado en lugar de hacerse con una Escritura pública (según el artículo 5); esto fue, especialmente, el atractivo que tuvieron las sociedades unipersonales de la ley 1014 de 2006).

La duración de las S.A.S., al igual de lo que fueron las sociedades unipersonales, también puede ser indefinida. Además, no están obligadas como las demás sociedades reguladas en el código de comercio a tener que especificar el objeto social al que se dedicarán, pues si no lo detallan, se entenderá que la sociedad podrá realizar cualquier actividad lícita (ver numeral 5 del artículo 5 de la ley 1258 de 2008).

Incluso, se destaca que los accionistas de las S.A.S., al igual que los accionistas de las demás sociedades por acciones, no tendrán responsabilidad solidaria (es decir, más allá de sus aportes) en las deudas tributarias de la sociedad (ver inciso segundo del artículo 1 de la ley 1258 y el inciso segundo del artículo 794 del Estatuto Tributario).

Pero ese blindaje de no responder en forma solidaria por las obligaciones tributarias de la sociedad también se lo extendieron para el caso de las obligaciones laborales que llegue a tener la sociedad.

Se debe tener en cuenta que esta ley, deroga la norma que permitía la constitución de las sociedades unipersonales, más no las empresas unipersonales reglamentadas por la ley 222 de 1995. En efecto, en el artículo 46 de la ley 1258 de 2008 se estableció lo siguiente:

*“Artículo 46°. Vigencia y derogatorias.- La presente Ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.*

*Sin perjuicio de las ventajas y beneficios establecidos en el ordenamiento jurídico una vez entre en vigencia la presente Ley, no se podrán constituir sociedades unipersonales con base en el artículo 22 de la Ley 1014 de 2006. Las sociedades unipersonales constituidas al amparo de dicha disposición tendrán un término máximo improrrogable de seis (6) meses, para transformarse en sociedades por acciones simplificadas.”*

## **6. Sujetos atípicos-plurales de la gestión contractual estatal.**

Ya hemos dicho que el artículo 6° de la Ley 80 de 1993, hace relación a las a que personas pueden contratar con las entidades estatales, atendiendo a los criterios de capacidad establecidos por el código civil, para las personas naturales y las personas jurídicas. De tal manera, que en tratándose de la capacidad para celebrar contratos con la administración pública, El EGC, sigue los mismos lineamientos que el derecho privado; es decir que sean legalmente capaces, capacidad como atributo de la personalidad.

De esta manera, es que hemos dicho que existen unas personas de derecho privado sujetos contractuales típicos en el derecho común que pueden celebrar contratos estatales y que gozan de personería jurídica de conformidad con las leyes vigentes. No obstante, la Ley 80, en la parte final del inciso primero del referido artículo 6°, establece que además de estas personas, también pueden celebrar contratos con el Estado los consorcios y las uniones temporales.

### **6.1. Consorcios y uniones temporales.**

Los capacidad para la celebración de contratos con las entidades públicas, de conformidad con la Ley 80 de 1993, se encuentra extendida a estas dos figuras, que no son propias del derecho público sino por el contrario son figuras del derecho privado, en donde *“el Estatuto de contratación permite que los consorcios y las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual significa que la ley les reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales. El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica”*.

Así mismo, la Corte Constitucional ha expresado que “la Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituir las como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo comercial que son los denominados - contratos de colaboración económica -, que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e



intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1 y 2 Superiores)”.

De conformidad con el Estatuto General de Contratación de la administración pública, los consorcios y uniones temporales son considerados formas de asociación y colaboración para la celebración de contratos estatales. De esta manera, el artículo 7º establece:

**Artículo 7o. de los consorcios y uniones temporales.** Para los efectos de esta ley se entiende por:

**1o. Consorcio:**

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

**2o. Unión Temporal:**

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

**Parágrafo 1o.** Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

**Parágrafo 2o.** Parágrafo derogado por el artículo 285 de la Ley 223 de 1995.

**Parágrafo 3o.** En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.

Los consorcios y uniones temporales, no obstante estar previstas en el EGC, la norma no los define como tales y sólo establece algunas de sus características. Al respecto, el Dr. ARUBLA PAUCAR, expresa que *“el consorcio es un concepto indefinido en nuestra legislación y al que se le ha dado el tratamiento de sociedades de hecho. Sin embargo, el consorcio no es un contrato de sociedad, ni de cuentas en participación. El consorcio es una figura contractual atípica en Colombia, que puede ubicarse como una especie de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración empresarial”*.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, sobre la naturaleza de los consorcios ha expresado:

*El consorcio, que es una expresión de esas formas de colaboración, presupone entonces la acción*

*concordada de un número plural de sujetos. En la legislación brasileña se le concibe como una fórmula contractual, mediante la cual acuerdan sus integrantes aunar esfuerzos con miras a realizar determinada actividad, principalmente la construcción de una obra o la prestación de un servicio, sin que la estructura empresarial así constituida goce de personalidad jurídica. Son entonces sus miembros quienes se obligan en las condiciones preestablecidas en el contrato, sin que se presuma solidaridad entre ellos, aunque puede ser objeto de estipulación expresa -arts. 207 y 208 ley de sociedades anónimas de 1976-.*

*Aunque en la práctica es el instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica, en el derecho privado patrio no han sido objeto de regulación, constituyendo por ende una modalidad atípica de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración, por el cual dos o más personas convienen en aunar esfuerzos con un determinado objetivo, consistente por lo general en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que se establezca una sociedad entre ellos, puesto que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad, amén de conservar cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar las actividades distintas del negocio común. En otras palabras, se trata de “una unión formada para la gestión o la defensa de intereses comunes, sin llegar a constituir una sociedad” (Caballero Sierra, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. Temis. 1985. Pág. 88), particularidades que por ende le confieren una naturaleza jurídica propia, una estructura singular que impide confundirlos con figuras como las cuentas en participación o la sociedad de hecho, pese a las aproximaciones que a primera vista pudieran avizorarse entre ellas.*

Pero a diferencia de la Ley 80 de 1993, durante la vigencia del Decreto 222 del 1983, la noción de consorcio y de unión temporal se encontraba referida a la autorización para que

dos o más personas constituyan un consorcio, pero en ningún caso autorizaba la norma a que el consorcio celebrara el contrato; de tal manera que la figura se utilizaba para presentar conjuntamente una misma propuesta, lo anterior, sin dejar de lado que se exigía que dicha presentación conjunta haya sido autorizada por el representante legal de la entidad contratante con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso o a la celebración del contrato, según el caso.

De conformidad con lo anterior, indicaba el decreto que la adjudicación se hace a las personas que integran el consorcio, no al consorcio, estableciendo un régimen de responsabilidad solidaria entre las personas integrantes del consorcio. Entonces, en vigencia del decreto 222, la celebración de los contratos era con cada uno de los integrantes del consorcio pero solidariamente responsables por al ejecución del contrato frente a la entidad. Es así como en el actual EGC, *“los integrantes del consorcio y la unión temporal deberán designar a la persona que llevará la representación del consorcio o la unión temporal, quien no necesariamente deberá ser uno de ellos. El representante, dentro del ámbito de facultades conferidas, deberá notificarse de la adjudicación, suscribir el contrato, notificarse de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la ejecución y liquidación del contrato, etc.*

*Para el caso de la representación judicial, el representante no podrá otorgar poderes, salvo que exista expresa disposición en el mandato conferido; por tanto, para efectos judiciales se requiere, por regla general, el otorgamiento de un poder por parte de cada uno de los integrantes de la modalidad de participación, de conformidad con las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil. Desde el punto de vista procesal se pueden presentar litisconsortes necesarios o facultativos. El primero cuando por ejemplo se demanda la nulidad del acto de adjudicación y del contrato suscrito con cualquiera de estas dos modalidades de participación; y el segundo, cuando se demanda la declaratoria de incumplimiento de la entidad estatal o del consorcio o unión temporal”.*

*“Se tiene de lo anterior que según la ley, el consorcio es un convenio de asociación, o mejor, un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.*

*Lo que se ha expresado para el consorcio puede aplicarse del mismo modo para la -unión temporal-, si se tiene en cuenta el texto del numeral segundo del mismo artículo 7o. Sin embargo, la norma en cita introdujo a la figura una variante que justifica la diferencia con el consorcio y explica de paso su razón de ser.*

*La exposición de motivos al proyecto de ley, explica dicha diferencia de la siguiente manera:*

*En cuanto a la unión temporal, definida igualmente en el artículo 7o., puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de tal manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos sancionatorios recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falta o en el incumplimiento de que se trate. De esta forma se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes”.*

Es decir, la única diferencia entre la unión temporal y los consorcios, radica en que en la primera, la responsabilidad y por la tanto la imposición de sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presentación de la propuesta o del contratación, se individualizan en por cada integrante teniendo en cuenta el porcentaje de participación de cada uno de ellos en la ejecución de las obligaciones del contrato de conformidad con el

acuerdo de unión temporal; mientras tanto, en los consorcios no encontramos tal individualización y en consecuencia la responsabilidad es solidaria para el cumplimiento de las obligaciones, la imposición de sanciones y la obtención de la experiencia.

Sobre la duración de los consorcios o uniones temporales el Consejo de Estado ha establecido que *“el consorcio tiene una existencia limitada, generalmente condicionada al tiempo que dure el trámite del proceso de selección del contratista o la ejecución y liquidación del contrato, en el evento de que resulte seleccionado y éste se celebre...”*.

En el caso de las uniones temporales, el EGC, establece que se deberá señalar los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Es indispensable que se señalen los *términos y la extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución* de cada uno de los miembros de la unión temporal. Esto es así, toda vez que la entidad conozca la participación de cada uno de los integrantes de la unión temporal en cuanto a la participación porcentual y las actividades que serán ejecutadas por las personas que la componen.

Según la asignación de actividades libremente establecidas en el acuerdo de la unión temporal y los porcentajes de participación señalados, las sanciones por el incumplimiento serán divisibles. Cada miembro de la unión temporal asumirá la responsabilidad de la sanción por el incumplimiento según la actividad en la que se presente la inobservancia de las obligaciones o los porcentajes acordados. Así, se incumple parcialmente en una actividad asignada a uno de los miembros de la unión temporal, a pesar de que la realización de la actividad podrá exigirla la entidad a uno cualquiera, a varios o a todos, la pena prevista por

el incumplimiento solo podrá exigirse a quien le correspondía ejecutar tal actividad. En caso de que no se haya identificado las actividades particulares que desarrollará cada uno de los integrantes sino que, de manera general, se haya realizado un acuerdo sobre el porcentaje en la ejecución del contrato, la sanción por incumplimiento será dividida teniendo en cuenta la participación porcentual de cada uno de ellos. En el evento de la declaratoria de caducidad a una unión temporal, el efecto de terminación del contrato afectará a la totalidad de sus miembros, pero en relación con la inhabilidad esta solamente afectará a quien fue el causante de la sanción. En este sentido la causal de inhabilidad se refiere a quien haya dado *“lugar a la declaratoria de caducidad”*. Al tratarse de una sanción por el incumplimiento, esta afectará a la persona o personas a quienes, según el acuerdo, les hubiere correspondido la actividad en la que se presentó el incumplimiento. En el evento de que no se haya establecido las actividades que correspondan a cada cual, la inhabilidad afectará a cada uno de los miembros de la unión temporal.”

## **6.2. Promesa de Sociedad futura y sociedades con objeto único.**

Los contratos de promesa de sociedad y las sociedades con objeto único, constituyen otra forma como los particulares pueden participar como la administración pública en los contratos estatales; en efecto, bajo estas modalidades se pueden llegar a contratar con el Estado. *“La complejidad de los proyectos para la ejecución de grandes obras de infraestructura y la prestación o el suministro de determinados servicios hace necesaria la colaboración empresarial con el objeto de aunar esfuerzos para desarrollar dichos proyectos de manera más eficiente, el estatuto de contratación administrativa contempla tres figuras de asociación encaminadas al logro de ese fin, a saber: los consorcios, las uniones temporales y las sociedades de empresas. El párrafo 2o. del citado artículo 32 prevé, en los contratos de concesión para la construcción de una obra pública, la posibilidad de que los proponentes presenten diversas formas de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas, ya sea como consorcio,*

*unión temporal o sociedad, caso este último en que opera la figura de promesa de asociación futura en la que los participantes en el proceso de licitación someten a condición la adjudicación, condición que consiste en crear una sociedad que reúna todos los requisitos exigidos por la ley para realizar la concesión en el evento de resultar favorecidos en el proceso licitatorio. Para tal efecto deberán presentar con la propuesta un documento —promesa de contrato de sociedad— en el que los interesados manifiesten su intención de formar parte de la asociación propuesta, cuyo perfeccionamiento se sujetará, como se dijo antes, a la condición de adjudicación del contrato”.*

En cuanto a la promesa de sociedad futura, la Ley 80 de 1993 en el inciso final del párrafo 2º del artículo 32, establece que *“cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal”.*

La promesa de sociedad, es un contrato regulado por el Código de Comercio en el artículo 119, y por tanto, para su aplicación debe acudirse a lo preceptuado por este código por la remisión expresa que hace el EGC, a las normas de derecho privado en lo no regulado en él. El contrato de promesa de conformidad con el Código de Comercio, esta regulado de la siguiente manera:

*“La promesa de contrato de sociedad deberá hacerse por escrito, con las cláusulas que deban expresarse en el contrato, según lo previsto en el artículo 110, y con indicación del término o condición que fije la fecha en que ha de constituirse la sociedad. La condición se tendrá por fallida si tardare más de dos años en cumplirse. Los promitentes responderán solidaria e ilimitadamente de las operaciones que celebren o ejecuten en desarrollo de los negocios de la sociedad prometida, antes de su constitución, cualquiera que sea la forma legal*



*que se pacte para ella”.*

*“La solidaridad, en el caso de de las promesas de sociedad, es clara frente al cumplimiento de las obligaciones y a las consecuencias del incumplimiento en los actos de la promesa de sociedad, una vez constituida, la responsabilidad solamente corresponde a la sociedad dentro de los límites propios de cada clase de sociedad”.* Sin embargo, es necesario aclarar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante el pronunciamiento 1283 del 4 de septiembre del 2000, expresó la siguiente opinión: *“Algunos tratadistas opinan que la responsabilidad para efectos de las modalidades contenidas en el parágrafo 3o. del artículo 7o. y en el parágrafo 2o. del artículo 32 de la ley 80, es diferente cuando la oferta la presenta una sociedad ya constituida –evento en el cual sería solidaria- o cuando se presenta bajo la figura de promesa de sociedad –donde la responsabilidad será de acuerdo con el tipo de sociedad que se cree después de la adjudicación- motivo por el cual estiman que la primera de las citadas no tendrá aplicación en la práctica por ser desventajosa para los contratistas. Por el contrario, la Sala considera que en uno u otro caso los proponentes han de responder en forma solidaria, habida cuenta de que el riesgo previsto por el legislador respecto de esta modalidad de sociedad no desaparece por el hecho de que ésta se constituya con posterioridad a la presentación de la oferta, pues lo que se tuvo en cuenta en el momento de consignar la norma, fue que por tener objeto único y duración limitada su patrimonio no llegue a resultar insuficiente para cubrir las multas, indemnizaciones o sanciones que puedan presentarse por el incumplimiento de la propuesta o la inejecución del contrato”.*

De conformidad con lo anterior, el Consejo de Estado en el mismo concepto, concluyó lo siguiente: *“La promesa de sociedad que presentó la firma beneficiada con la adjudicación, como propuesta para la licitación SCO-L01-97 se encuentra regulada por el parágrafo 3o. del artículo 7o. de la ley 80/93, toda vez que su constitución obedeció a la celebración y ejecución del contrato de concesión adjudicado por el INVÍAS, y por tanto su responsabilidad es la señalada para los consorcios tal como lo prevé la citada norma. El haber presentado la propuesta como “promesa de sociedad” no la exime de la*

*responsabilidad allí establecida”.*

La posición asumida por la Sala de Consulta del Consejo de Estado, descrita anteriormente, fue rectificada mediante el concepto 1346 del 13 de mayo del 2001, en donde se aclaró que para el caso de las promesas de sociedad futura, la responsabilidad recae sobre la nueva sociedad conformada y la responsabilidad para el caso del cumplimiento de las obligaciones del contrato y la imposición de las sanciones que se deriven del incumplimiento del mismo se impondrán teniendo en cuenta el tipo de sociedad constituida. *“Por tanto, si se declara la caducidad, para determinar la inhabilidad es preciso analizar el caso concreto en relación con las causales previstas en la ley 80. En el evento que sirve de causa a esta consulta, encontramos que a una sociedad anónima contratista se le declaró la caducidad del contrato; esta situación, conforme a lo dispuesto en el literal i) del numeral 1° del artículo 8° de la ley 80, acarrea inhabilidad sólo para los socios de sociedades de personas más no para los de las sociedades de capitales, como son las sociedades anónimas”.* *“Previamente a las respuestas, la Sala Considera pertinente rectificar la tesis expresada en el concepto número 1283 del 4 de Septiembre de 2000, en el sentido de que cuando a una sociedad se le declara la caducidad de Un Contrato estatal, recae sobre ella la inhabilidad establecida en el literal c) del numeral 1° del artículo 8° de la ley 80 de 1993, Cualquiera que sea la clase de sociedad; y en cuanto a los socios, la inhabilidad recae sobre los socios de las Sociedades de personas a las Cuales Se haya declarado la caducidad, no sobre los socios de las Sociedades de capital, de acuerdo con lo dispuesto Por el literal i) del mismo numeral del citado artículo, el cual, por referirse a inhabilidades e incompatibilidades para contratar, tiene carácter taxativo”.*

Es esta, la principal diferencia entre la promesa de sociedad futura y las sociedades con objeto único. Las primeras se encuentran reguladas por el inciso final del párrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la sociedad se constituye una vez adjudicado el proceso de selección previo a la suscripción del contrato y su régimen de responsabilidad será el de la sociedad que se conforme, mientras tanto, por las sociedades con objeto único, se aplica lo

dispuesto por el párrafo tercero del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, la sociedad se constituye previa a la adjudicación del proceso con el único objeto de participar el proceso de selección y ejecutar el contrato y el régimen de responsabilidad será el establecido por el EGC, para los consorcios.

## **7. Personas extranjeras de derecho público y organismos multilaterales.**

El artículo 13, numeral 4 de la Ley 80 de 1993, estableció que las entidades colombianas descritas en el artículo 2 Ibídem podían celebrar contratos con las personas jurídicas de derecho público de carácter internacional, con los organismos multilaterales de crédito y organismos de cooperación, asistencia técnica y científica, con sujeción a los reglamentos de éstos organismos internacionales. De allí que esta norma era utilizada en Colombia para celebrar convenios con estos sujetos públicos de carácter internacional de manera directa, en donde la entidad pública entregaba los recursos y el objeto contractual para satisfacer una necesidad pública, para lo cual éstos organismos subcontrataban la ejecución de los proyectos conforme a su propio reglamento.

Pero la figura fue cuestionada por distintos sectores, en tanto algunos lo consideraban como un mecanismo para evadir los procesos de licitación y concurso de méritos previstos en la Ley 80 de 1993. La discusión se dio en el seno del Congreso de la República, que mediante el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 derogó el inciso 4 de la Ley 80 de 1993 y en su lugar reguló el instituto contractual nacional con limitaciones que permitieran garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico tanto nacional como internacional, pero también los principios orientadores de la contratación estatal, veamos:

### **7.1 Personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho**

**internacional.**

Las personas jurídicas extranjeras de derecho público, están dados por aquellos sujetos del derecho internacional, regulados por el derecho de los tratados, esto es, el tratado de Viena, que le permite a un Estado celebrar contratos o convenios con otros Estados, y a un Estado con organismos de derecho internacional, en desarrollo de mecanismos de integración internacional o regional de orden económico, político, aduanero, financiero, comercial.

Se trata de los tratados de libre comercio por ejemplo, que celebra Colombia con otros Estados como Panamá, Estados Unidos, Brasil, Canadá etc; pero también se trata de contratos celebrados entre el Estado Colombiano con Estados Unidos para efecto de la implementación, ejecución, evaluación y financiación del Plan Colombia, pero también los contratos celebrados entre Colombia y los países de la Comunidad Andina de Naciones, o con los países del grupo de los ocho, del ALBA, o con la Unión Europea para la exportación del Banano, o con el Comité Internacional del Café: el contrato que celebra el Estado colombiano con Estados Unidos para la dotación de armas, material de guerra y naves de guerra.

En estos casos, cuando los contratos se celebran entre dos estados miembros de la comunidad internacional conforme al artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 el procedimiento de contratación y selección del contratista es directo, y puede someterse al régimen de contratación del Estado contratista que suministra el bien o servicio.

## **7.2 Organismos multilaterales de crédito.**

Conforme al artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, los organismos multilaterales de crédito

son sujetos de derecho público de carácter internacional cuya finalidad y objeto social es la financiación de proyectos de los Estados descritos en su objeto social, tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo-BID etc.

En este caso, los organismos internacionales de crédito celebran contratos de empréstito con el fin de financiar el déficit de los presupuestos de los Estados miembros, previa evaluación de la situación fiscal, de su capacidad de endeudamiento, de la necesidad de implementar proyectos específicos en materia de infraestructura vial, productiva, física, proyectos ambientales, de educación, nutrición, fortalecimiento institucional etc. El procedimiento de contratación es directo y con sujeción al reglamento del ente crediticio internacional, ya que los requisitos debe cumplirlos el ente público colombiano, y es el ente financiador del proyecto quien pone todas las condiciones para celebrar el contrato de empréstito condenable o no.

### **7.3 Organismos multilaterales de cooperación, asistencia o ayuda internacional.**

Los organismos multilaterales de cooperación, ayuda, asistencia técnica, científica, humanitaria, sanitaria, ambiental de carácter internacional están conformadas, integradas y desarrolladas conforme a las reglas del derecho internacional, tales como la Cruz Roja Internacional, la Organización de las Naciones Unidas-ONU, Organización de los Estados Americanos-OEA, sus agencias como PNUD y el IICA receptivamente, la Organización Mundial del Comercio, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Mundial de Inmigración, la UNICEF, la Organización de los Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el Convenio Andrés Bello etc.

Estos organismos multilaterales tienen dentro de su propósito, finalidad y objeto social el de prestar ayuda internacional, asistencia humanitaria, científica, tecnológica a los países miembros. Por ello el artículo 20 de la Ley 1150 de 2011, dispuso que las entidades públicas colombianas pueden celebrar contratos y convenios con éstas entidades teniendo en cuenta lo siguiente:

a. Las entidades colombianas pueden celebrar contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50% con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales y podrán someterse a los reglamentos de tales entidades, y en caso contrario se someterán a los procedimientos de la Ley 80 de 1993 y las normas que la adiciones, modifiquen y reglamenten. Los recursos económicos colombianos asignados como contrapartida podrán ejecutarse con aplicación del reglamento de los organismos internacionales si cumple con el requisito de financiación igual o superior al 50% del organismo multilateral.

b. Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la UNESCO y la OIM; contratos y convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades siempre que su aporte sea igual o superior al 50% de los recursos del proyecto.

c. Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o

gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

d. En todo proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano

e. Las contralorías en Colombia ejercerán el control y la vigilancia fiscal sobre la gestión y ejecución de los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales. El control fiscal se realizará sobre la totalidad de los recursos del proyecto, contrato o convenio sin importar su origen , pero no existe reserva internacional alguna para efectos de la realización de la auditoria y de los procesos de responsabilidad fiscal, por mandato expreso del parágrafo 3o del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **LA RESPONSABILIDAD FISCAL Y EL EJERCICIO DE LA DELEGACIÓN, DESCONCENTRACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN PARA LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

En el presente capítulo estudiaremos tres figuras del derecho administrativo colombiano, que aun cuando se les ha dado un tratamiento amplio en la doctrina nacional, siguen siendo conceptos ampliamente discutidos y aun confusos en nuestra legislación, y aún más cuando en tratándose de la competencia para la suscripción de los contratos de la administración se tiene dificultades para diferenciar los conceptos y su aplicación, haciendo de la responsabilidad en la gestión contractual que se vuelva objetiva frente a todos los funcionarios de determinada entidad estatal. En consecuencia, los conceptos de delegación, desconcentración y descentralización se convierten en herramienta esencial para identificar

los posibles sujetos responsables fiscales. Así, es importante la precisión jurídica de estas figuras para propender en la búsqueda de la eficiencia y eficacia de la administración, la coherencia de sus decisiones, la protección y garantía de los derechos fundamentales.

Sobre el ejercicio de la descentralización, desconcentración y delegación, el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, establece 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”. (Se subraya). De tal manera, que la gestión pública contractual esta sujeta a dichos conceptos y por tanto, para el ejercicio del control fiscal y el proceso de responsabilidad fiscal es preciso su estudio.

### **1. Noción de la delegación contractual y la responsabilidad fiscal.**

La delegación es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas, algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley.

*“La delegación es el proceso administrativo a través del cual el titular de un empleo, previa autorización expresa para delegar dada por la autoridad que le asignó la función al cargo, inviste voluntaria y formalmente de autoridad a otro empleado, normalmente subordinado, para que tome decisiones en una o varias de las funciones de su empleo. El empleado que realiza la delegación se denomina delegante y el que la recibe delegatario”.*



Podemos establecer que la delegación consiste en la entrega de funciones de un superior a un inferior que debe ser de un rango o nivel especial (nivel directivo o asesor), delegando funciones que solo sean complementarias o afines con relación al cargo, tomando decisiones autónomamente, lo cual la diferencia de la figura de la desconcentración como lo veremos más adelante.

Para la Corte Constitucional, la delegación, hace parte de la naturaleza administrativa de la actividad contractual, y en tal sentido establece que *“el funcionamiento de la administración pública está apoyado en tres principios: - división técnica del trabajo y especialización, complementariedad y jerarquía. La estructura funcional de las entidades públicas permite la participación de un conjunto de funcionarios que, en mayor o menor grado y/o número, intervienen en los procesos decisorios. El modelo de organización de las entidades públicas corresponde a la división de funciones por cargo (C.P., Art. 6º, 122 y 124), en donde no se encuentra la asignación individual de procesos sino más bien la participación fragmentada y acumulativa en procedimientos, lo cual hace que la decisión administrativa en una entidad estatal sea el resultado de una serie de etapas y actuaciones en las cuales participan varios empleados, en ocasiones de diferentes dependencias. Es el caso de la contratación estatal pues, en consideración a la naturaleza de la función, la celebración de un contrato estatal está precedida de un complejo, detallado y acumulativo proceso de participación de funcionarios y especialistas, en ocasiones también de particulares, orientados todos ellos por una visión parcial del resultado que persigue la entidad, con cuya labor se estructura progresivamente la decisión a adoptar”*.

En cuanto a la figura de la delegación en materia de contratos estatales, la Ley 80 de 1993, establece en el artículo 12 adicionado por el artículo 21 de la Ley 1150 de 2007 que *“los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que*

*desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”.*

*“En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”. Inciso declarado exequible bajo la condición de que “el delegante sólo responderá del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual, cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones”.*

Para la interpretar la norma anterior, es importante traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional ha señalada las características de la delegación administrativa, estableciendo sus elementos de la siguiente manera:

*“Debido a que la delegación es admitida para el ejercicio de las funciones legislativa y administrativa, a que en cada caso cuenta con regulación y exigencias constitucionales particulares para su procedencia y oportunidad (C.P., arts. 150-10, 209 y 211) y en consideración a la naturaleza administrativa de la actividad contractual y al tema de interés en esta ocasión, es decir la responsabilidad del delegante en materia contractual para efectos de acción de repetición o llamamiento en garantía, en adelante se hará referencia a las características constitucionales y jurisprudenciales básicas de la delegación administrativa.”(14) Ellas son:*

*a) La finalidad de la delegación. La delegación es un mecanismo jurídico que permite a las autoridades públicas diseñar estrategias relativamente flexibles para el cumplimiento de funciones propias de su empleo, en aras del cumplimiento de la función administrativa y de la consecución de los fines esenciales del Estado (CP, arts. 2 y 209).*

*Por ello, las restricciones impuestas a la delegación tienen una doble finalidad: de un lado, evitar la concentración de poder en una autoridad y preservar "la separación de funciones como uno de los principios medulares del Estado ... como una garantía institucional para el correcto funcionamiento del aparato*

estatal"(15) y de otro lado, evitar que se desatienda, diluya o desdibuje la gestión a cargo de las autoridades públicas.

b) *El objeto de la delegación.* La delegación recae sobre la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo. La Constitución lo postula y el legislador así lo ha consagrado en diferentes oportunidades(16). Igualmente la Corte se ha pronunciado sobre la competencia, como objeto de la delegación(17).

De un lado, la Constitución Política hace referencia expresa al vínculo existente entre el empleo público, sus funciones y el funcionario competente para ejercerlas. Así, el artículo 122 dispone que no hay empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y el artículo 121 prescribe que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley. En concordancia con lo anterior, el artículo 6º establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, el modelo administrativo postulado en la Constitución expresa que la condición de autoridad o funcionario público se presenta en la medida en que existe un vínculo formal con el Estado, para atender el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento al empleo del cual se es titular en virtud de la posesión.(18) En tal virtud, el principio de competencia de la autoridad pública se deduce de los principios constitucionales antes indicados.(19)

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que "La delegación es una técnica de manejo administrativo de las competencias que autoriza la Constitución en diferentes normas (art. 209, 211, 196 inciso 4 y 305), algunas veces de modo general, otras de manera específica, en virtud de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley"(20).

c) *La autorización para delegar.* Las autoridades públicas podrán delegar el ejercicio de asuntos

*expresamente autorizados. Para la delegación presidencial, por ejemplo, el artículo 211 de la Carta Política establece que la ley señalará las funciones que el presidente de la república podrá delegar en los funcionarios que señala el artículo. Esta norma dice también que las autoridades administrativas podrán ser delegantes, en las condiciones que fije la ley.*(21).

*d) Improcedencia de la delegación. Hay funciones cuyo ejercicio es indelegable, sea porque hay restricción expresa sobre la materia o porque la naturaleza de la función no admite la delegación. Un ejemplo de restricción expresa en materia de delegación se encuentra en la prohibición para que el Vicepresidente de la República asuma funciones de ministro delegatario (C.P., art. 202). También resulta improcedente la delegación para el ejercicio de la actividad o la competencia de la integridad de la investidura presidencial (22) o cuando la delegación supone transferir aquéllas atribuciones que atañen con el señalamiento de las grandes directrices, orientaciones y la fijación de políticas generales que corresponden como jefe superior de la entidad estatal "pues, lo que realmente debe ser objeto de delegación, son las funciones de mera ejecución, instrumentales u operativas"*(23).

*e) El delegante. El delegante es designado por la Constitución o la ley. Por ejemplo, el artículo 211 de la Constitución otorga la calidad de delegante al Presidente de la República(24) y faculta al legislador para que señale las "autoridades administrativas" que pueden actuar como delegantes.(25) Adicionalmente, el carácter de delegante está reservado al titular de la atribución o del empleo público, pues, como lo ha señalado la Corte, ninguna autoridad puede "delegar funciones que no tiene" (26), es decir, se requiere "que las funciones delegadas estén asignadas al delegante"*(27)

*f) Discrecionalidad para delegar. Aunque se disponga de la autorización para delegar, al delegante se le garantiza un amplio margen de discrecionalidad para decidir si delega o no el ejercicio de funciones propias de su empleo o cargo y, en caso de hacerlo, para fijar los parámetros y condiciones que orientarán el ejercicio de la delegación por parte del o de los delegatarios.(28) En este punto debe considerarse que en aplicación de*

*los artículos 209 y 211 de la Constitución, el delegante no podrá tomar decisiones en asuntos cuyo ejercicio haya sido delegado.*

*g) El acto de delegación. La delegación requiere de un acto formal de delegación, en el cual se exprese la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario y las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la delegación(29) Sobre este requisito señaló la Corte que: "la posibilidad de transferir su competencia ¿ no la titularidad de la función - en algún campo, se perfecciona con la manifestación positiva del funcionario delegante de su intención de hacerlo, a través de un acto administrativo motivado, en el que determina si su voluntad de delegar la competencia es limitada o ilimitada en el tiempo o general o específica"(30)*

*h) Subordinación del delegatario. En relación con el carácter jerárquico de la delegación, el artículo 211 de la Constitución Política señala que la ley "fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades". Por lo tanto, el delegatario puede ser o no un funcionario subordinado al delegante, aunque, en este caso, por la naturaleza específica de la actividad contractual y por la titularidad de la función en el jefe o representante de la entidad estatal, la delegación se presenta entre superior ¿ inferior jerárquicos(31).*

*En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación, para resaltar que la delegación administrativa procede, por principio, cuando hay relación de subordinación entre delegante y delegatario, "pues en general es propio de la delegación que la autoridad delegataria se encuentre en una cierta subordinación frente a quien delega"(32)*

*i) Decisiones del delegatario. El delegatario toma dos tipos de decisiones: unas, para el cumplimiento de las funciones del empleo del cual es titular, y otras, en ejercicio de la competencia delegada, para el cumplimiento de las correspondientes funciones del empleo del delegante. En estricto sentido, es frente a estas últimas que se*

*actúa en calidad de delegatario pues en el primer evento él no es delegatario sino el titular de su empleo. Además, las decisiones que toma en calidad de delegatario tienen el mismo nivel y la misma fuerza vinculante como si la decisión hubiese sido tomada por el delegante y, se asume, "que el delegado es el autor real de las actuaciones que ejecuta en uso de las competencias delegadas, y ante él se elevan las solicitudes y se surten los recursos a que haya lugar, como si él fuera el titular mismo de la función"(33)*

*j) Recursos contra las decisiones del delegatario. La Constitución asigna al legislador la facultad para establecer "los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios" (C.P., art. 211).*

*k) Decisiones en la delegación. En la delegación se presentan tres clases de decisiones: 1ª) la decisión de la autoridad que otorga la calidad de delegante a una autoridad administrativa y que señala las materias en las cuales podrá darse la delegación; 2ª) la decisión de delegar que toma el delegante, la cual se concreta en el acto de delegación, y 3ª) las decisiones que toma el delegatario en ejercicio de la delegación, las cuales a su vez se expresan en actos o resoluciones.*

*l) El vínculo delegante y delegatario. Al delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las atribuciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación. En virtud de tal vinculación, el delegante conserva y ejerce la facultad para reformar o revocar los actos o resoluciones del delegatario y para revocar el acto de delegación (C.P., art. 211).(34) Estas particularidades se desprenden del principio de unidad de acción administrativa, de la aplicación de los principios de la función administrativa a que hace referencia el artículo 209 de la Carta y del deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal".*

Con la regulación de la delegación en materia contractual en el EGC, se evita que

funcionarios públicos evadan su responsabilidad durante la gestión contractual de las entidades públicas. De esta manera, es claro que cada servidor público será responsable de la legalidad de sus actuaciones, y que la delegación no es un instrumento para evadir responsabilidades.

Si bien es acertada la anterior posición, no es menos cierto que el delegatario posee responsabilidad en su actuar, puesto que el delegante le da una instrucción precisa a aquel para que la ejecute y el funcionario debe actuar con prudencia y diligencia, revisando la documentación correspondiente, para proceder a su posterior aprobación representada con la suscripción del documento, sino debe abstenerse de firmar. Situación diferente sería que se logre demostrar que el delegatario actuó coaccionado, inducido en error, etc., es por ello que consideramos que la responsabilidad del delegante es una cuestión probatoria, incluso en este caso.

Es así como la delegación no puede utilizarse para evadir el régimen de inhabilidades, incompatibilidades conflictos de intereses y prohibiciones así como también el principio de responsabilidad que deben estar presente en todas las actuaciones los servidores públicos; así como tampoco se puede utilizar dicha figura para imponer de manera indebida a los demás funcionarios la toma de decisiones contrarias al ordenamiento jurídico, so pretexto de que la delegación los blindo cualquier tipo de responsabilidad. Por el contrario, la finalidad de la delegación en materia contractual es la eficacia, dentro de criterios de moralidad e imparcialidad, de la función administrativa en la gestión contractual como medio para alcanzar los fines del Estado.

Para el ejercicio eficiente de la delegación y por tanto de la gestión administrativa la ley señala a su vez quienes pueden ser delegatarios de las funciones administrativas. De esta

manera, la delegación no puede recaer en todos los funcionarios de la entidad. El artículo 12 de la Ley 80 de 1993, establece que esta recaerá *“en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes”*.

Al restringir la delegación sólo a funcionarios de los niveles jerárquicos superiores, se busca preservar la jerarquía al interior de la administración pública en cuanto no es coherente que la delegación recayera en cualquier funcionario público de la entidad para que tomara decisiones del primer nivel, las cuales deberían ser obedecidas por los superiores jerárquicos del eventual delegatario. Sobre lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C- 561 de 1999, expresó lo siguiente:

*“No es de recibo, por tanto, la interpretación que de la norma hace el actor, ni sus argumentos, por cuanto, no se puede predicar que el acto de delegación de las autoridades administrativas presente una discriminación respecto de los demás servidores públicos de los niveles ejecutivo, profesional, administrativo, etc., ya que, dichos servidores públicos también colaboran en la medida de sus competencias, en el desarrollo y ejecución de las funciones que les son propias a las entidades, pero como se dijo, la delicada naturaleza de las funciones que desarrollan estos organismos, hacen que el acto de delegación en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor sea razonable y carente por completo de vicio alguno de inconstitucionalidad”*.

## **2. La delegación total o parcial de carácter contractual.**

El ya referido artículo 12 de la Ley 80 de 1993, establece que los jefes y representantes legales de las entidades estatales podrán delegar, *total o parcialmente*, la competencia para celebrar y desconcentrar la realización de las licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes. (Negrilla fuera del



texto original). Es decir que el EGC, da la posibilidad que en materia contractual los jefes o representantes legales hagan uso de cualquier de estas modalidades para la gestión contractual que más adapta a la estructura administrativa de la misma.

Por delegación total, se entiende aquel acto mediante la cual el representante de la entidad como titular de la función para ordenar y dirigir la celebración de las licitaciones y para escoger contratista, delega en otro funcionario o en varios funcionarios todo el proceso de contratación; es decir, la fase precontractual, contractual y de liquidación. Por el contrario, el acto de delegación será parcial, cuando el jefe o representante legal se reserve alguna de estas fases o la firma del respectivo contrato.

Para el acto de delegación se puede tener en cuenta diferentes factores para asignarla como bien pueden ser la cuantía de los contratos, la fase del contrato y la suscripción de los convenios. “Así las cosas, interpretado el precepto consagrado en armonía con las disposiciones que en precedencia se citaron, debe entenderse que si el representante legal de la entidad estatal contratante, en uso de esta facultad, delegó en un directivo la competencia para celebrar contratos, será este último, en cuanto delegatario, el responsable solidario con el contratista y los restantes sujetos que hayan intervenido en la actuación contractual de la que se deriva detrimento patrimonial para la Sociedad, y lesión a la moralidad pública y al interés colectivo”

## **2.1 La delegación total o parcial en razón a la cuantía del contrato.**

La cuantía de los contratos a suscribir puede ser un elemento auxiliar para establecer la delegación y las competencias entre las distintas oficina de la respectiva entidad pública. De esta manera, atendiendo a la cuantía de los contratos a suscribir en salarios mínimos legales

mensuales vigentes, el representante legal de entidad puede delegar totalmente la gestión de los contratos que no superen la cuantía determinada en el acto de delegación, pero aquellos que superen esa cuantía, puede delegarlos parcialmente; o sea, delegar la fase precontractual y reservarse la fase contractual o de ejecución y la postcontractual o de liquidación.

Para esta clase de delegación contractual hablamos que el delegante hace entrega de determinadas funciones sin establecer un tope mínimo o máximo en cuanto a la cuantía del contrato. Aquí no se limita la delegación de los contratos en cuanto a su monto o valor, pues serían delegados todos los contratos en virtud de la cuantía.

## **2.2 La delegación total o parcial en razón a la fase del contrato.**

En este tipo de delegación ya sin tener en cuenta o hacer referencia a la cuantía del contrato, se podría delegar parcialmente una o todas de las fases que se surten dentro de la gestión contractual, bien sea en su etapa precontractual, contractual o postcontractual, teniendo en cuenta por su puesto la modalidad por la cual se va a contratar según el caso.

Como un ejemplo podríamos tomar como en el caso de la delegación total, es posible delegar en una dependencia la etapa precontractual; de tal manera, que ella se encargue de estructurar los procesos de selección y adelantarlos. Pero igualmente el representante legal puede delegar la fase contractual y postcontractual en una dependencia distinta a aquella en la cual se ha delegado la fase precontractual; en tal caso, será la oficina delegataria la encargada de adjudicar los procesos de selección, suscribir los contratos, suscribir todos los actos administrativos y actuaciones que se expiden con ocasión de la ejecución de los contratos como también su liquidación.

De otra parte en cuanto a la responsabilidad fiscal en la delegación, debemos decir que tanto en esta como en la responsabilidad disciplinaria y penal, la responsabilidad es subjetiva, ya que está proscrita la responsabilidad objetiva.

En efecto, el principio de coordinación administrativa implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior sea siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos. De modo tal, que la función de vigilancia, orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva. La posibilidad de que el Director General pueda delegar sus funciones en sus subalternos, no supone que esta facultad le permita transferir aquéllas atribuciones que atañen con el señalamiento de las grandes directrices, orientaciones y la fijación de políticas generales que le corresponden como jefe superior de dicha unidad, pues, lo que realmente debe ser objeto de delegación, son las funciones de mera ejecución, instrumentales u operativas.

De otro lado, el principio de responsabilidad subjetiva, conlleva a que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones y no por las de otros; principio que resulta contrario al de responsabilidad objetiva de dichos servidores, que implicaría que éstos respondieran independientemente del grado de culpa o dolo de su actuar, y que ha sido rechazado por la jurisprudencia de La Corte Constitucional en materia de responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal de dichos funcionarios. Ciertamente, se ha sostenido que *“no puede deducirse responsabilidad patrimonial del funcionario o agente público, si no se establece que obró, por acción u omisión, constitutiva de dolo o culpa grave, y que lo hizo en ejercicio o con motivo de sus funciones.”* Así mismo, de manera más general ha explicado que en virtud de lo

dispuesto por el artículo 29 superior, conforme al cual *“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*, en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es *“supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”*.

Ahora bien, no sobra recordar que distinta de la responsabilidad subjetiva de los agentes del Estado es la responsabilidad objetiva del Estado mismo, que se deduce de la sola presencia de un daño antijurídico causado por sus agentes. Por ello la Corte ha explicado que *“es evidente que el artículo 90 constitucional consagra una clara diferencia entre la responsabilidad del Estado, y la responsabilidad que igualmente es posible deducir a sus agentes. En el primer caso, como se ha visto, la responsabilidad resulta de la antijuridicidad del daño, pero frente a sus agentes esa antijuridicidad se deduce de la conducta de éstos, vale decir, de que el comportamiento asumido por ellos y que dio lugar al daño, fue doloso o gravemente culposo”*.

Teniendo en cuenta esto, debemos establecer que el delegante jamás respondería por el delegatario, pues si así se considerara, estaríamos reconociendo la responsabilidad por el hecho ajeno. El delegante y delegatario responderán por el hecho propio, el delegatario quien sería el que materialmente responde, lo haría por todo lo que haga en el ejercicio de las funciones que le fueron delegadas. En las funciones contractuales delegadas el delegante respondería por su hecho propio como ya lo dijimos, pues él es el superior del delegatario y estaría llamado a responder como coautor del hecho del delegatario.

La responsabilidad del delegante es un asunto probatorio, pues se debe probar que él no tenía conocimiento y que le fue imposible llegar a conocer las acciones u omisiones desplegadas por el delegatario que llevaron al detrimento patrimonial del Estado, a la

vulneración del bien jurídico del contratista o de un tercero y a la insatisfacción en la prestación de determinado servicio a la sociedad. Debe probarse que aún cuando ejerció las funciones de vigilancia, orientación y control le era imposible evitar el daño.

El delegante nunca responderá solo, este puede responder por vía de acción y a su vez por vía de omisión, cuando el delegatario actúa en ejercicio de su competencia y el delegante no ejerce un control jerárquico sobre aquel, al cual está obligado. Es importante establecer que lo anterior no se debe entender en términos absolutos, pues no siempre las irregularidades que comete el delegatario repercuten en el delegante, ya que ni el control jerárquico para este caso, ni el de tutela el cual veremos más adelante, es absoluto pues se desnaturalizarían los principios establecidos en el artículo 209 de nuestra Carta Política, pues si la delegación se establece con el fin de que la función administrativa esté al servicio de los intereses generales y se desarrolle con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, no tendría sentido que esa sea la conducta del delegante. Esta debe ser entendida como el control de políticas y herramientas, que deber ser dictadas como guías de prevención, estrategias, etc.

### **3. La desconcentración contractual y la responsabilidad fiscal.**

La desconcentración al igual que la delegación, atiende a un principio de transferencia de funciones de los órganos administrativos superiores a los inferiores, sin que el titular de las funciones transferidas pierda el deber de control y vigilancia en la dirección administrativa y de políticas de esas mismas funciones.

De conformidad con la Corte Constitucional, la desconcentración en cierta medida, es la variante práctica de la centralización, y desde un punto de vista dinámico, se ha definido

como transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa. La desconcentración así concebida, presenta estas características:

1. La atribución de competencias se realiza directamente por el ordenamiento jurídico.
2. La competencia se confiere a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía. Debe recordarse, sin embargo que, en cierta medida, personas jurídicas pueden ser igualmente sujetos de desconcentración.
3. La competencia se confiere en forma exclusiva lo que significa que ha de ejercerse precisamente por el órgano desconcentrado y no por otro.
4. El superior jerárquico no responde por los actos del órgano desconcentrado más allá de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y no puede reasumir la competencia sino en virtud de nueva atribución legal.

En la práctica, la desconcentración al interior de una entidad pública se manifiesta en el acto de distribuciones de funciones entre las distintas dependencias; es decir aquel acto mediante el cual se establece la estructura, organización y funcionamiento de la respectiva entidad. De esta manera, la desconcentración de una entidad no la establece su representante legal, sino que ella es determinada por el órgano superior de dirección, es decir su junta o concejo directivo o el que corresponda según la naturaleza de la entidad, el cual establece las competencias o funciones de sus dependencias con el fin de cumplir, de conformidad con los principios de función pública establecidos en la Constitución, el objeto social de la

entidad.

Con la desconcentración no hay cambio de titular de la competencia sino ejercicio de la misma, es decir se presenta dentro de la misma persona jurídica de derecho público.

Por su parte el Consejo de Estado, ha definido esta figura como “una fórmula intermedia entre la centralización y la descentralización, y consiste en la transferencia de funciones que corresponden a un órgano administrativo central, para que las ejerza un agente local u otra persona jurídica a nombre de aquél, de tal manera que cuando toman decisiones lo hacen en nombre de la entidad que desconcentrar, lo que significa que realmente no poseen autonomía”.

Con la figura de la desconcentración, se establece por ejemplo que dependencia se encarga de la ejecución de obras nuevas, de la ejecución de obras de mantenimiento, de la ejecución de obras de espacio público, etc., en donde el representante legal no podrá reasumir o trasladar entre dependencias estas competencias. Así mismo, las decisiones asumidas serán en nombre de la entidad pública; razón por la cual todas las decisiones de estas dependencias en virtud de las funciones asignadas por desconcentración sólo serán susceptibles del recurso de reposición.

#### **4. La descentralización contractual y la responsabilidad fiscal.**

Atendiendo a los principios fundamentales que orientan la organización del Estado colombiano, tenemos que de conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia se encuentra organizada en forma de una república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales. El concepto de descentralización, obedece a la

forma como se cumplen las funciones administrativas del Estado y de las demás personas jurídicas de derecho público que lo conforman, de tal suerte, que dentro de la organización de los entes públicos aquellos creados en virtud de la descentralización gozarán de autonomía para gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponden, administrar sus recursos, etc. Es facultad que tienen las autoridades descentralizadas, dentro del marco establecido por la Constitución y la ley, que les permita, sin injerencia de la autoridad central, atender el cumplimiento de las funciones públicas y la prestación de los servicios, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y construir las obras públicas que demande el desarrollo local o regional.

Frente a esta figura ha dicho la Corte Constitucional: *“La descentralización es un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas.”*

De otro lado el Consejo de Estado ha considerado que *“la descentralización administrativa consiste en el otorgamiento de funciones o competencias administrativas a autoridades diferentes del poder central, las cuales actúan con autonomía, bajo su propia responsabilidad y en relación no jerárquica con la cúspide de la organización estatal nacional”*. De tal manera que no podemos concebir la descentralización sin autonomía, pues ésta es una consecuencia de la descentralización; no obstante la autonomía no es absoluta, pues es necesario conservar el principio unitario del Estado. La autonomía de las entidades descentralizadas se presenta jurídicamente siempre y cuando se garantice y se reconozca a cada entidad descentralizada su existencia como una



persona jurídica. Por lo tanto, no hay entidad descentralizada territorial o por servicios que no sea una persona jurídica autónoma, con su propia personalidad jurídica.

Así, en Colombia la descentralización se presenta en tres clases diferentes: la descentralización territorial, la descentralización por servicios y la descentralización por colaboración o privatización. Cada forma de descentralización presenta un régimen jurídico distinto en donde se presenta en la mayoría de los casos existe un régimen de contratación distinto por cada instituto descentralizado dependiendo del tipo de ente público que se cree.

Es de esta manera como mediante la descentralización territorial, se abren paso los entes territoriales, con un régimen jurídico para los departamentos, los municipios y los distritos; en el caso de la descentralización por colaboración, sustentado en el artículo 210 constitucional según el cual, *los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la Ley*, los cuales tienen su propio régimen de contratación.

Por último, en cuanto a la descentralización por servicios, la cual obedece a una naturaleza técnica y especializada, materializada en los institutos descentralizados. De esta manera encontramos dentro del nivel nacional los siguientes institutos o entidades descentralizadas, tal como lo establece el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 en el numeral 2º, el cual establece lo siguiente, que en este caso como mencionó anteriormente, cada uno de estos institutos se rige por un régimen de contratación diferente:

- Los establecimientos públicos;

- Las empresas industriales y comerciales del Estado;

-Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

-Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

-Los institutos científicos y tecnológicos;

-Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;

-Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Parágrafo 1°. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

## **5. Responsabilidad fiscal, poder de instrucción, control jerárquico y de tutela en el ejercicio de las funciones delegadas y desconcentradas.**

El ejercicio de funciones delegadas y desconcentradas, implica dos circunstancias; la primera, el ejercicio de funciones propias del cargo, es decir las asignadas a la respectiva dependencia que como ya se dijo estas funciones se encuentran consignadas en el acto que fija la estructura y las funciones de cada dependencia de la respectiva entidad pública por el máximo órgano de dirección administrativa. Y las otras, las ejercidas en virtud de la

delegación de funciones que el jefe o representante legal de la respectiva entidad pública delega en los demás niveles de dirección; en donde para ambos casos se exige el control, dado que finalmente la responsabilidad en la gestión de la entidad, siempre permanecerá en el representante legal de la entidad.

No obstante, vale diferenciar que *“como la desconcentración obedece a una distribución de competencias de una entidad entre sus diferentes áreas funcionales o unidades territoriales, las cuales están a cargo de un funcionario de la entidad (autoridad virtual), la cual radica, entonces, en este funcionario en cuanto él es el titular de la competencia o la función desconcentrada. Así, mientras que en la delegación la responsabilidad es tanto del delegante como del delegatario, donde cada uno es responsable de las consecuencias de su decisión, en la desconcentración la responsabilidad es de la autoridad de la respectiva dependencia desconcentrada”*.

Conforme lo anterior, para el buen ejercicio de la actividad de la administración es necesario que en el ordenamiento jurídico se encuentre consagrado la forma que como ha de ejercerse las funciones del Estado y los controles a los que están sometidos sus autoridades, como son el control jerárquico, el control de tutela, y el poder de instrucción. De esta manera, *“las autoridades concentradas ejercen control jerárquico, sobre las actuaciones de las autoridades de las dependencias y organismos desconcentrados”*. Cuando estos controles fallan, necesariamente la gestión de la administración será contraria a los principios que la rigen, generando en consecuencia responsabilidad en el jefe o representante legal de la respectiva entidad pública o en los funcionarios encargados de ejercer dichos controles en las entidades concentradas.

El poder de instrucción y el control jerárquico y de tutela, es una función más que debe cumplir el delegante o representante legal de la entidad; es su deber funcional, que consiste en dirigir y coordinar la acción de la entidad ejercida por todos los niveles de dirección de

la respectiva entidad o por las entidades desconcentradas. *“El control jerárquico se manifiesta a través de figuras como el carácter de libre nombramiento y remoción de las autoridades de dependencias y unidades territoriales desconcentradas; la aplicación del régimen disciplinario; instrucción directa; la revisión y revocatoria de los actos de las autoridades desconcentradas; entre otras”*. Para el Consejo de Estado, *“la facultad de revocar o reformar un acto es una facultad que puede encontrarse presente, tanto en el control de tutela como en el control jerárquico, con la diferencia de que en la primera hipótesis debe estar expresamente prevista en la ley, lo que no sucede en la segunda, ya que se trata de una facultad comprendida, sin necesidad de consagración expresa, en el control jerárquico”*.

Las entidades descentralizadas, como órganos del Estado, aun cuando gozan de autonomía administrativa, están sujetas al control político y de tutela y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas o vinculadas tal como se encuentra establecido en el artículo 68 de la ley 489 de 1998.

Los controles sobre los institutos descentralizados se ejercen de diferentes formas. Por un lado, en la junta o consejo directivo participan representantes de las autoridades centrales. En el nivel nacional, por ejemplo, las juntas o consejos directivos de los institutos descentralizados son presididos por el ministro o el director del departamento administrativo al cual están adscritos o vinculados. Así mismo, los gerentes, directores o presidentes de los institutos descentralizados son, por norma general, funcionarios de libre nombramiento y remoción de la respectiva autoridad ejecutiva, según el nivel al que pertenezcan.

Además de lo anterior, los institutos descentralizados están sujetos a la orientación, control y evaluación por parte de la autoridad ejecutiva correspondiente.

De esta manera, la Ley 489 de 1998 en su artículo 41, establece que la orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo. En el orden nacional, los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente.

Una vez establecido lo anterior, vemos como a los consejos directivos o juntas directivas solo se les permite fijar las políticas de la contratación de la entidad, estos no pueden inmiscuirse en las funciones que son exclusivas de los jefes de la entidad en materia contractual (Art 11, num.3º., Ley 80 de 1993), llámense estos representantes legales, gerentes, directores, etc., así sea que estemos hablando de una función que se les haya delegado total o parcialmente. Si ellos se inmiscuyeran en asuntos que no les está permitido podría existir responsabilidad penal y disciplinaria en sus actuaciones, es decir, que si habláramos de irregularidades en la contratación más no en la política contractual, el único responsable de este hecho sería el representante legal de la entidad, pues él es el único a quien se le ha encomendado y puede ejercer esta función.

Siguiendo esta línea, podríamos establecer a su vez que si el representante legal siguió una política trazada por el consejo o junta directiva, existiría entonces una responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria ya no solo del representante legal sino también de los miembros del consejo y junta directiva de la entidad por acogerla y no abstenerse de ejecutarla.

La delegación, desconcentración y descentralización como institutos del derecho administrativo y como herramientas constitucionales previstas en el artículo 211 de la Constitución Política fue desarrollado por la ley 489 de 1998. De allí que los servidores públicos que delegan y desconcentran funciones a ellos atribuidos al no desprenderse de la responsabilidad que implica las funciones trasladadas a funcionarios delegatarios y desconcentrados, son sujetos pasivos de la acción penal, fiscal y disciplinarias cuando por acción u omisión incurren en delitos, daños patrimoniales y faltas disciplinarias dentro de los principios del derecho sancionatorio conocidos como la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad por el hecho propia y por su propia culpabilidad ya sea a título de dolo o de culpa.

Ello indica que cuando en ejercicio de la delegación, desconcentración y descentralización se realiza control jerárquico, control de tutela, el sujeto responsable de realizarla, responde por ello de acuerdo a los ingredientes de tipicidad, autoría y participación. Es el caso de la responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria de los miembros de las juntas o consejos directivos de las entidades estatales respecto de las acciones u omisiones generadoras de daños patrimoniales, faltas disciplinarias y de delitos en que incurran los servidores públicos de las mismas; así como la responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria de los Alcaldes, Gobernadores, Ministros y del Presidente de la República en la comisión de delitos, faltas disciplinarias y daños patrimoniales en que incurran teniendo en cuenta la tipicidad, autoría y participación; esto es que en desarrollo de la delegación, desconcentración, descentralización los Alcaldes, Gobernadores, Ministros y el Presidente de la República realizan control jerárquico y de tutela en la ejecución de los planes y programas de las entidades, tal como por ejemplo los Alcaldes y Gobernadores respecto de sus institutos descentralizados ya sea directamente o a través de las juntas o consejos directivos o los

secretarios de despacho; Los Ministros y directores de departamento administrativo en relación a sus entidades adscritas vinculadas y el Presidente de la República respecto de éstos, la Vicepresidencia cuando le delegue funciones, las consejerías presidenciales y las Agencias adscritas directamente a la Presidencia de la República.

Es así como por ejemplo el Ministro de Transporte respecto del Director del Instituto Nacional de Vías o de Director del Instituto Nacional de Concesiones, en donde el primero le realiza tanto control jerárquico como de tutela, lo que indica que en la toma de decisiones sobre las adiciones contractuales a las concesiones viales del país, las declaratoria de caducidad, si bien serán los funcionarios del INCO e INVÍAS los que suscriben formalmente los actos, si el Ministro participa directamente entonces será auto, coautor, cómplice, interviniente o determinador de la decisión, lo que implica que en materia penal, fiscal y disciplinaria será sujeto de la acción o acciones respectivas, sin que sea de recibo la excusa de la delegación, desconcentración, descentralización, pues en desarrollo del control jerárquico y de tutela cuenta con la competencia y las herramientas legales para determinar la conducta, intervenir en la actuación o participar de alguna manera en la decisión, ya sea por vía de acción u omisión, lo hace sujeto pasivo de la acción penal, fiscal o disciplinaria desde luego sometido a la existencia de las pruebas que acrediten su modalidad de participación en el delito, en la falta o en la ocurrencia del daño patrimonial.

### **TÍTULO TERCERO**

#### **ACCIONES CONSTITUCIONALES Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS PARA RESOLVER LAS TENSIONES ENTRE LOS DERECHOS DE LOS GESTORES FISCALES Y LA DEFENSA DE LA ADECUADA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

Dentro del ejercicio de la función de Control Fiscal, instituida con el fin asegurar los intereses generales de la comunidad; representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, los órganos de control encargados de ejercerla despliegan una serie de conductas, emiten una serie de actos administrativos y son titulares de acciones tanto de tipo constitucional como contencioso administrativo; sin embargo dentro del ejercicio de los derechos de acción y de defensa, de los que son titulares los sujetos pasivos del control fiscal en Colombia; las actuaciones y decisiones de los órganos de control pueden ser susceptibles de control o debate judicial, el cual dependiendo de su naturaleza, pretensión, derechos vulnerados, etc. puede darse por vía constitucional o contencioso administrativo; razón por la cual es de gran importancia el estudio de cómo se relaciona el control fiscal con las acciones constitucionales y con las contencioso administrativas en los casos en que los órganos de control actúan como titulares o sujetos pasivos de las mismas.

De esta manera, para estudiar este tema, desarrollaremos las acciones constitucionales que derivan o pueden derivar del ejercicio del control fiscal; capítulo dentro del cual indicaremos el papel de la contraloría como titular de estas acciones, luego trataremos a los gestores fiscales y particulares como titulares de las acciones constitucionales contra actuaciones de control fiscal de las contralorías, para más adelante hacer lo propio frente al estudio de las acciones contenciosas administrativas contra los actos administrativos de naturaleza fiscal de las contralorías.

## **CAPÍTULO PRIMERO.**

### **ACCIONES CONSTITUCIONALES DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL CONTROL Y VIGILANCIA A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**



Las acciones constitucionales deben su nombre al hecho de tener como fuente inmediata la propia Constitución y por el hecho de haber sido creadas como el mecanismo más eficaz para proteger los derechos consagrados en ella, lo que denota la especial prelación que el constituyente quiso darle en el derecho interno.

De esta manera los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución política de Colombia, dentro del capítulo que esta misma destina a la protección y aplicación de los derechos, crearon en su orden la Acción de Tutela como mecanismo para la protección de los derechos fundamentales, la Acción de cumplimiento para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, la Acción Popular para la protección de los derechos colectivos y la Acción de Grupo para reparar los daños ocasionados a un número plural de personas.

Pudiendo en todos estos casos actuar los órganos de control fiscal como accionantes para lograr los fines y funciones que le fueron encomendados por la constitución y la ley, o como accionados cuando con su actuar han dado lugar a que los ciudadanos o los sujetos pasivos del control fiscal, tengan que acudir a este tipo de acciones para conminarlos al cumplimiento de sus deberes o para evitar que vulneren de sus derechos.

#### **1. La Contraloría como titular de las acciones constitucionales derivadas del control fiscal.**

La Contraloría como hemos venido señalando al ser titular de la función fiscalizadora del Estado tiene la obligación de ser garante del control al manejo de los bienes del estado, función que la legitima para que en nombre de los bienes y valores que le han sido encomendados proteger y controlar, pueda desplegar las acciones que considere necesarias con el fin de salvaguardar el patrimonio público.

### **1.1 Del ejercicio de la acción de cumplimiento y de la petición administrativa de cumplimiento en la aplicación de una norma jurídica omitida por parte de las contralorías.**

El artículo 87 de la Constitución Política Colombiana, dispone que toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo, y que en caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

Dicha deposición constitucional fue reglamentada por la ley 393 de 1997, señalando en su artículo 4 que cualquier persona podrá ejercer la Acción de Cumplimiento frente a *normas con fuerza material de Ley o Actos Administrativos*; señalando en su literal a) que también podrán ejercitar la Acción de Cumplimiento los Servidores Públicos; en especial: el Procurador General de la Nación, los Procuradores Delegados, Regionales y Provinciales, el Defensor del Pueblo y sus delegados, los Personeros Municipales, el Contralor General de la República, los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales.

Al respecto la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad de la expresión subrayada anteriormente, en Sentencia C-158 de 1998 señaló:

*“Para la Corte Constitucional resulta claro que los servidores públicos tienen un legítimo interés en el cumplimiento de la ley, interés que los faculta para interponer la referida acción. Y ello por varios motivos:*

7. En primer lugar, una interpretación exegética de la norma constitucional contenida en el artículo 87 superior, no permite una conclusión diferente. En efecto, esta disposición literalmente expresa que "toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo." Y ya ha sentado la Corte que donde el constituyente no hizo restricciones, no le es dado al intérprete introducirlas. (...) Por lo tanto, si el constituyente legitimó a toda persona para el ejercicio de la acción de cumplimiento, no podía el legislador excluir a cierto grupo, el de los servidores públicos, sin desconocer la voluntad superior.

8. Esta interpretación exegética se ve apoyada por otra sistemática que toma pie en los principios que a nivel constitucional perfilan el ejercicio de la función pública. Justamente, los servidores públicos están llamados, en primer lugar entre los ciudadanos, a promover la observancia y cumplimiento de la ley y de los actos administrativos, toda vez que la propia Constitución señala, en el párrafo de su artículo 2º, que "las autoridades de la República están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." Deberes sociales que aunque se señalan por los mismos textos constitucionales, se concretan en su realización por las disposiciones contenidas en la ley y en los actos administrativos. Y el artículo 123 superior, que define quienes son servidores públicos indicando que lo son los miembros de las corporaciones públicas y los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, expresa en su párrafo que "Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad;" luego ellos son quienes por velar por los intereses públicos por expreso mandato de la Constitución, están llamados en primer lugar, al ejercicio de la acción que persigue la efectividad del principio de legalidad.

9. La necesidad del desempeño armónico de las funciones de las distintas ramas del poder

*público, encuentra garantía en la posibilidad reconocida a todos los servidores públicos de ejercer la acción de cumplimiento para lograr la efectividad de lo dispuesto por la ley o por los actos administrativos. En efecto, pregona la Constitución en su artículo 113 que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Los servidores públicos, como mecanismo para hacer efectiva esta colaboración, cuando ella se ve impedida por la omisión en el cumplimiento de la ley o de los actos administrativos por parte de otra autoridad, tendrán a su disposición, como herramienta coercitiva, el ejercicio de la acción que regula la norma bajo examen. De esta manera ella se erige en garantía de efectividad en esta colaboración que prescribe el constituyente.*

*Así, si los servidores públicos, incluso los magistrados de la propia Corte Constitucional, no se ven excluidos del ejercicio de una acción pública cuando el requisito de interposición consiste en ser ciudadano, no se ve porque vayan a ser excluidos cuando el requerimiento es tan sólo el de ser persona.*

*11. Finalmente, la Corte debe aclarar que los servidores públicos pueden interponer la acción de cumplimiento tanto a nombre propio, es decir en su condición de personas naturales, como también en su condición de representantes legales de cualesquiera personas jurídicas, incluidas aquellas de derecho público cuya representación ellos ostenten en razón del cargo que ocupan.*

*A esta conclusión se llega a partir del hecho de que en el término "personas" quedan comprendidas tanto las naturales como las jurídicas. Estas últimas, sean de derecho público o de derecho privado, en su condición de personas, valga la redundancia, deben ser reconocidas como titulares de la acción. Por ello, aquellas entidades de derecho público que tienen personería jurídica, pueden interponer la acción de cumplimiento a través de los servidores públicos que sean sus representantes legales.*

*Una última hipótesis llama la atención de la Corte: aquella del servidor público que incumple lo ordenado en la ley o en un acto administrativo. Obviamente, por sustracción de materia, este será el único caso en el cual dicho servidor no será titular de la acción, pero únicamente frente a su propio incumplimiento, pues lo que procederá entonces no es la acción judicial sino la ejecución material del hecho omitido. Obviamente, en este caso nadie puede ser simultáneamente sujeto pasivo y activo de una misma acción judicial.”*

De acuerdo a lo anterior no cabe duda que las contralorías tienen la facultad de promover este tipo de acciones cuando del cumplimiento de la norma que se omite depende la protección del patrimonio público comprometido en su control, en atención al interés que están llamados a proteger; debiendo en todo caso cumplir con los requisitos para su prosperidad; de esta manera de acuerdo a lo señalado por el Consejo de Estado a) La obligación que se pide hacer cumplir debe estar consignada en ley o acto administrativo; b) El mandato debe de ser imperativo, inobjetable, expreso, que no ofrezca el más mínimo motivo de duda; c) Estará radicado ese deber de cumplir en cabeza de la autoridad frente a la cual se pide el cumplimiento, o del particular, en los términos del artículo 6° de la ley 393 de 1997; d) La renuencia del llamado a cumplir debe estar probada debidamente.

En este orden de ideas, las contralorías pueden incoar acción de cumplimiento para exigir de un sujeto de control fiscal la aplicación material de una norma jurídica cuya omisión de cumplimiento pone en peligro el patrimonio público, esto es, que de aplicarse la norma jurídica se evita la ocurrencia de un daño patrimonial o cesan las actuaciones que generan daños patrimoniales de manera progresiva. La acción de cumplimiento, en este escenario es una herramienta de las contralorías de prevención del

daño patrimonial al Estado, pues no solo se hace con el ejercicio de la acción constitucional, sino también con la petición administrativa que realice la contraloría al sujeto de control fiscal, denominada petición de cumplimiento para la aplicación de una norma jurídica omitida.

## **1.2 La acción de tutela como mecanismo de protección a los derechos fundamentales y su relación con el patrimonio público.**

La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales constitucionales, conforme al artículo 86 de la Carta Política, puede ser ejercida por cualquier persona, ya sea natural o jurídica en nombre propio o de otra persona ante los jueces en cualquier tiempo. De allí que la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales como autoridad puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela cuando vulnere derechos fundamentales de sus empleados, de los sujetos de control fiscal y de cualquier persona natural o jurídica.

Pero es importante señalar, que las contralorías también son sujetos activos de la acción de tutela cuando quiera que se le estén vulnerando sus derechos fundamentales, esto como por ejemplo el debido proceso, el derecho a defensa, de audiencia de contradicción cuando quiera que en un proceso contencioso administrativo sea demandante o demandado.

Igualmente la Contraloría es titular de derechos fundamentales que deben ser garantizados por todas las autoridades públicas, como por ejemplo el derecho que tiene de constituirse en víctima en los procesos penales que se adelanten ante los jueces por delitos contra el patrimonio público, y que por ende dieron lugar a detrimentos patrimoniales. En este orden de ideas, cuando quiera que los jueces penales niega a las Contralorías el derecho a ser reconocidos como víctimas a pesar de haberlo solicitado en la oportunidad procesal

indicada, en el término previsto, acreditando la legitimación en la causa, su representación judicial y el daño.

Si luego de haberlo solicitado el derecho a la Contraloría le fue negado, ésta puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio mientras se decide la apelación interpuesta, o luego de que este recursos haya sido resuelto y confirmada la decisión, se puede acudir a la tutela porque no existe otro mecanismo para que las contralorías se hagan reconocer como víctimas del detrimento al patrimonio público, pues ella tiene todo el derecho a exigir en los procesos penales verdad, justicia y reparación.

En este orden de ideas las contralorías son titulares del derecho fundamental al debido proceso, y como tal el derecho de acceso a la justicia penal para exigir la reparación al daño patrimonial exigido. De aquí que podamos exigir que la tutela igualmente es una herramienta que se constituye en estos casos como mecanismo eficaz y directo para la protección de los derechos fundamentales de la contraloría como sujeto de derecho que puede incluso a acudir a ella para cumplir con su misión constitucional y legal de proteger y hacer reparar el patrimonio público cuando este fuere aminorado por la ocurrencia de un daño antijurídico que no está obligado a soportar el Estado.

Pero debo indicar, que la contraloría no debe estar doblemente representada en el proceso penal, pues no es dable que se pueda reconocer la Contraloría General de la República y la territorial en los eventos en que la entidad que sufre el daño sea una del orden municipal, distrital o departamental, pues en el caso en que los recursos comprometidos en el delito si son propios o endógenos de la entidad territorial, será la contraloría de ese ente la que tiene el derecho a constituirse en víctima, pero si los recursos son mixtos, esto es que son propiedad en porcentaje de la Nación y del ente territorial, o son exógenos, esto es que los

recibe el ente territorial por vía de transferencia en estos casos será la territorial la que tienen el derecho a constituirse en víctima a menos que para este efecto la Contraloría General acuda al control preferente.

Pero si la entidad pública que sufre el daño como propietaria de los recursos, será esta la que tiene el derecho principal a hacerse reconocer como víctima, pero desde mi perspectiva no es posible hacerse reconocer en el proceso penal como víctima tanto la Contraloría como la entidad pública, porque no es cierto que la contraloría sea una víctima distinta que la entidad pública pues actúa en defensa del mismo patrimonio público. La contraloría sólo se puede hacer reconocer como víctima cuando la entidad no hizo uso del derecho y se sabe que no se va a hacer reconocer, y excepcionalmente puede hacerse reconocer como víctima cuando la contraloría tenga serios indicios de que no la entidad reconocida dentro del proceso penal como víctima no está o no va ejercer de manera adecuada sus derechos como víctimas.

### **1.3. Control fiscal y las acciones populares.**

El artículo 88 de la Constitución Política colombiana dispuso la creación de las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella; dejando en manos del legislador la obligación de regular este tipo de acciones.

Con fundamento en lo anterior en el año de 1998 a través de la ley 472, el Congreso de reglamento el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, en relación con el



ejercicio de las acciones populares y de grupo, con el fin de garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos.

El artículo segundo de la mencionada ley, señala que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Por Intereses colectivos la ley en mención en su artículo cuarto señala que entre otros, son los que están relacionados con:

- El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

- La moralidad administrativa;

- La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;

- El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

- La defensa del patrimonio público;

- La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- La seguridad y salubridad públicas;
- El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- La libre competencia económica;
- El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
- La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia. Todos ellos derechos y bienes jurídicos que los órganos de control están llamados a proteger en ejercicio de la función de control fiscal que les ha sido encomendada por la Constitución y

la ley; razón por la cual teniendo en cuenta el fin preventivo que persigue, esta acción se constituye en una herramienta para el adecuado ejercicio de la función de vigilancia de la correcta administración de los bienes y recursos de naturaleza pública, pudiendo de acuerdo a lo señalado en el numeral 4 del artículo 12 de la ley 472 de 1998, actuar como titular de la acción; en ejercicio de sus funciones de control, intervención o vigilancia; siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se hayan originado en su acción u omisión; o como coadyuvante de acuerdo a lo señalado en el artículo 24 de la norma ibidem, antes de que se profiera el fallo de primera instancia, en atención a su función de proteger o defender los derechos e intereses colectivos.

Al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 31 de mayo de 2002, al decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la Contraloría General de la República y por el ciudadano Jaime Botero Correa, en su calidad de accionantes, contra la Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de las demandas que en ejercicio de la Acción Popular instauraron contra la Nación - Ministerio de Transporte y la Sociedad de Dragados y Construcciones de Colombia y del Caribe S. A. DRAGACOL, señaló:

*“Las conductas violatorias de derechos colectivos, generadoras de la acción popular, están originadas por regla general en el ejercicio de la función regulada en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual: “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...” Principios que son objeto de control a través de la acción popular, con miras al estudio de los procedimientos donde presuntamente se involucran el abuso de la función administrativa en beneficio individual, y la recuperación de sumas de dinero que se desvían del patrimonio público a*

*causa de la corrupción administrativa”.*

El ejercicio de esta acción, contrario a lo que sucede con la acción de cumplimiento y con la acción de tutela, procede aun cuando haya otros medios de defensa mediante los cuales se puedan hacer efectivos los derechos colectivos, razón por la cual la Contraloría, cuando observe en aplicación de los sistemas de control fiscal que alguna autoridad o gestor fiscal con su conducta están poniendo en peligro o han vulnerado el patrimonio público; además de los juicios de responsabilidad fiscal que puedan adelantar para recuperar el patrimonio del Estado, dispone de la acción popular para evitar el daño contingente que se pueda causar al patrimonio público, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Al respecto el Consejo de Estado en la sentencia en comento señaló:

*“(...) el que se adelanten actuaciones contractuales y fiscales paralelas, no desnaturaliza el objeto de la acción popular. La Ley 472 de 1998, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, no contempla que la acción popular resulte improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, a través de los cuales también se puedan hacer efectivos los derechos conculcados, como sí sucede con la acción de tutela y la de cumplimiento.*

*Por el contrario, del contenido de esta Ley se desprende que el derecho o interés colectivo puede ser amenazado o quebrantado por, acciones u omisiones de la entidad pública o del particular que desempeñe funciones administrativas, lo que significa que es al resolver la controversia cuando el juzgador debe pronunciarse sobre aquellas, independientemente de los procedimientos legales en los que puedan pretenderse fines similares.*

*La acción popular es de naturaleza preventiva y correctiva; procura a través de un procedimiento preferencial “evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*

*El hecho de que la actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que sólo pueda acudir al ejercicio de las mismas, pues estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular, con el fin de conjurar en forma oportuna aquellos hechos u omisiones que podrían afectar a la comunidad, antes de que generen un daño, para extinguirlo si éste se está produciendo, o bien para restituir las cosas a su estado anterior si ello todavía es posible. En este sentido se precisa que la acción popular es una acción principal y su procedencia no depende de la existencia o inexistencia de otras acciones.*

*A diferencia de la concepción tradicional de la protección judicial, basada en el derecho subjetivo, en la acción popular como quiera que no resultan vulnerados derechos o intereses particulares, sino los denominados “difusos” o colectivos, el análisis se debe centrar en el estudio de la vulneración de los derechos reconocidos a la colectividad.*

*El ámbito dentro del cual se define la acción popular es el relativo a la amenaza o vulneración de derechos colectivos, de lo cual pueden desprenderse además, investigaciones de tipo penal, fiscal o disciplinario, que en nada afectan la iniciación, trámite y culminación de la acción popular.*

Sobre este mismo particular, en la mencionada sentencia al citar otra providencia del 17 de junio 2001 proferida por la Sección Tercera de esta misma Corporación el Consejo de

Estado señaló:

*“Ninguna de esas decisiones tiene virtud para hacer cesar el proceso de acción popular, pues ésta ha sido consagrada por el constituyente, y desarrollada por el legislador como un mecanismo judicial de protección de los derechos colectivos, los cuales, por su naturaleza, son independientes de la responsabilidad personal, penal, disciplinaria y civil de los servidores públicos.*

*“La Sala reitera que la acción popular no es subsidiaria, que no se trata de una acción sancionatoria, y que no se identifica con ninguna acción de responsabilidad, pues si así fuera, el argumento de la existencia de tales acciones resultaría suficiente para desplazar la acción popular, que, por este camino, quedaría vacía de contenido real.*

*“Por eso, la acción popular no se ve afectada por la existencia de otras acciones, como tampoco su procedencia impide que ellas se inicien para que las autoridades de control deduzcan las responsabilidades del caso.*

*“Se trata pues, de mecanismos judiciales independientes con propósitos, también distintos”.*

Lo que lleva a concluir que la acción popular, de la que también son titulares los órganos de control fiscal, son una herramienta adicional que permite a estos entes demandar la efectiva protección de los derechos y bienes colectivos; sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que puedan adelantar en ejercicio de sus competencias, o de las que puedan adelantar otras autoridades en materia administrativa, contractual, disciplinaria o penal; y de las cuales eventualmente se pueda obtener una reparación por el perjuicio ocasionado.

Por otra parte es común que los órganos de control fiscal en ejercicio de su función de control promueva en su mayoría acciones dirigidas a la protección de la moralidad

administrativa y del patrimonio público; sin embargo esto no obsta para que con ocasión de las herramientas de Control Fiscal; tales como la auditoria en ejercicio de los sistemas de control fiscal financiero, de gestión, de resultados, de legalidad, de rendición de cuentas y de valoración de los costos ambientales; pueda promover acciones populares que persigan la protección de los demás derechos colectivos enunciados en el artículo cuarto de la ley 472 de 1998 o de los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

#### **1.4 La acción de repetición y el proceso de responsabilidad fiscal.**

El artículo 90 de la Constitución política al señalar que *“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”*, ha constitucionalizado la acción de repetición que se encuentra regulada en los artículos 77, 78 y 86 del Código Contencioso Administrativo, disposición que fue regulada por la ley 678 de 2001, la cual reglamenta la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.

Dispone el artículo 2º de la mencionada ley, que esta es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra

forma de terminación de un conflicto. La cual se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

Pudiendo en todo caso el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

Considerando que cumplen funciones públicas, para efectos de la acción de repeticiones, al contratista, el interventor, el consultor y el asesor en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley. Prescribiendo que esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa. Ejerciéndose también en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Disponiendo que en materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad, legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.

Por su parte el artículo 3o de la misma ley, señala que la acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de



los fines retributivo y preventivo inherentes a ella. Imponiendo el artículo cuarto la obligatoriedad a las entidades públicas de ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes, constituyendo falta gravísima el incumplimiento de este deber; imponiendo además al comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, el deber de adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.

Con relación a la acción de repetición la Corte Constitucional en sentencia C--619 de 2002 respecto de la naturaleza jurídica y alcance de la acción de repetición señaló:

*“Teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, ha destacado esta Corporación que la misma persigue una finalidad de interés público que (...) se concreta en la protección integral del patrimonio público, en aras de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción de los intereses generales. A juicio de la Corte, de no haberse "creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública”<sup>6</sup>, haciendo nugatorio el cumplimiento de los propósitos sociales que le han sido encomendados.*

*(...) el ejercicio legítimo de este medio de impugnación a favor del Estado y en contra de sus agentes o ex funcionarios, se encuentra supeditado a la observancia previa de los siguientes requisitos de procedibilidad: (i) que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha*

*causado a un particular; (ii) que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público; y (iii) que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.*

*(...) la acción de repetición es una acción de naturaleza civil a través de la cual se declara la responsabilidad patrimonial de un agente estatal, con un alcance netamente subsidiario pues ella supone, de un lado, la previa declaratoria de responsabilidad estatal por un daño antijurídico que le resulta imputable al Estado y que la víctima no tenía el deber de soportar, y, del otro, que esa condena haya tenido como causa -necesaria- la conducta dolosa o gravemente culposa del agente.*

*(...) de acuerdo con la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 constitucional, tal responsabilidad procede por el obrar regular o irregular del ente estatal a condición de que él haya causado a la persona un daño antijurídico que no estaba en la obligación de soportar. Así, en muchos supuestos el Estado será condenado patrimonialmente pero no podrá repetir contra sus agentes por haber éstos obrado legítimamente. En igual forma, habrán muchos eventos en los que el Estado será condenado a reparar el daño antijurídico causado y tampoco podrá repetir contra sus agentes por el hecho de que éstos han obrado irregularmente pero sólo con culpa leve o levísima, quedando entonces por fuera del ámbito de responsabilidad señalado directamente por la Carta. Así, sólo en aquellos eventos en que el Estado sea condenado a reparar el daño producido y los agentes estatales hayan procedido con dolo o culpa grave, aquél estará plenamente habilitado para repetir contra ellos.*

*Lo que arriba se ha expuesto permite inferir que, pese a la falta de autonomía de la acción de repetición, el criterio o fundamento de imputación de la responsabilidad patrimonial del agente*

*frente al Estado ha sido claramente definido por el constituyente. Como ha quedado visto, él se circunscribe a los supuestos de dolo y culpa grave y, por tanto, no es posible que se genere responsabilidad patrimonial del agente estatal cuando su obrar con culpa leve o levísima ha generado responsabilidad estatal”.*

De acuerdo a lo anterior tenemos que la acción de repetición y el llamamiento en garantía a los funcionarios y ex -funcionarios dentro de los procesos de reparación directa, dada la finalidad de interés público que persiguen, como lo es la protección concreta e integral de la moralidad administrativa y del patrimonio público, se constituyen en herramientas a favor del Estado a través de las cuales las mismas entidades que han tenido que indemnizar a un tercero, o han sido demandadas con ese mismo fin por la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes o ex-agentes, puedan llamar a sus causantes para que a través de una acción de naturaleza civil la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida acerca de su responsabilidad patrimonial por los hechos que han dado lugar a responsabilidad por parte del Estado.

Por su parte, la declaratoria de responsabilidad fiscal como función complementaria del control y vigilancia de la gestión fiscal que le corresponde ejercer a la Contralorías, como lo ha señalado la Corte Constitucional es *“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>7</sup>

Razón por la cual dada la finalidad o propósito específico que persiguen como lo es la protección del patrimonio del Estado, constituye otra herramienta creada a favor del Estado para que este pueda obtener la reparación de los daños que le hayan sido causados con la

gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos, como lo ha señalado la Corte Constitucional *“la responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos -incluyendo directivos de entidades públicas, personas que adoptan decisiones relacionadas con gestión fiscal o con funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares por razón de los perjuicios causados a los intereses patrimoniales del Estado”*.

A diferencia de lo que sucede con la acción de reparación directa, este tipo de responsabilidad se establece luego del trámite de un proceso eminentemente administrativo y busca determinar la responsabilidad que les asiste a los servidores públicos y a los particulares, por la mala administración o manejo de los dineros o bienes públicos a su cargo. Esta responsabilidad es de tipo patrimonial, contrario a la acción de reparación directa que es de carácter civil, ya que con ella se busca resarcir el daño causado al Estado por la gestión fiscal irregular buscando que se compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Sin embargo al igual que sucede con la acción de reparación directa es de carácter subjetivo ya que para determinarla es necesario demostrar que el imputado obró con dolo o con culpa grave.

Por tanto las dos clases de responsabilidad estudiadas la patrimonial y la fiscal como lo ha señalado la Corte Constitucional *“tienen el mismo principio o razón jurídica: la protección del patrimonio económico del Estado. En este sentido, la finalidad de dichas responsabilidades coincide plenamente ya que la misma no es sancionatoria (reprimir una conducta reprochable) sino eminentemente reparatoria o resarcitoria, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo que se estructura con base en el dolo y la culpa, y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al funcionario y el nexo de causalidad*

*entre el daño y la actividad del agente. Entonces, es evidente que en el plano del derecho sustancial y a la luz del principio de igualdad material, se trata de una misma institución jurídica, aún cuando las dos clases de responsabilidad tengan una consagración normativa constitucional diferente -la una el artículo 90-2 y la otra los artículos 267 y 268 de la Carta- y se establezcan por distinto cauce jurídico -tal y como lo había señalado esta Corte en la Sentencia C-840/2001-. Diferencias éstas que, además, tan sólo se orientan a imprimirle eficiencia a la actividad del Estado en lo que corresponde a la preservación de los bienes y recursos públicos, pero que no alteran el fundamento unitario que reside en un principio constitucional el cual es común e indivisible a ambas modalidades de responsabilidad: la garantía del patrimonio económico del Estad.”.* (Subrayado fuera de texto)

Con relación al termino de caducidad de estas dos acciones, la Corte Constitucional en la sentencia en comentario dio como superada aquella percepción equivocada, de que el daño patrimonial que le pueden causar al Estado los agentes que no cumplen función fiscal tiene tal grado de diferenciación con el perjuicio que le pueden causar los fiscalmente responsables, advirtiendo que por sus características y fines políticos las dos se encuentran en un mismo plano de igualdad material. Razón por la cual declaró inexecutable la expresión que hacía relación al grado de culpa leve en los artículos 4º párrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000.

## **2. Gestores fiscales y particulares como titulares de las acciones constitucionales contra actuaciones de control y vigilancia fiscal de las contralorías.**

Nos referiremos a las acciones constitucionales como herramientas a las que pueden acudir lo sujetos de control fiscal, para exigir a las contralorías el cumplimiento de la ley y la garantías de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico a los administrados.

## 2.1 La acción constitucional de cumplimiento.

Uno de los mecanismos de defensa judicial con el que cuentan los gestores fiscales y particulares frente al actuar de los órganos de control fiscal es a través de la acción de cumplimiento conforme al artículo 146 del CPACA, con el fin de garantizar y proporcionar a estas personas la oportunidad de exigir que estas entidades actúen de acuerdo a lo establecido en la ley o en los actos administrativos, para que estos últimos tengan una vigencia real y efectiva frente a las actuaciones de las cuales son sujetos pasivos o de las cuales están interesados se investigue presuntas irregularidades en el manejo de los fondos públicos.

De esta manera lo ha entendido el Consejo de Estado, al resolver impugnaciones sobre fallos de acciones de cumplimiento promovidas en contra de las contralorías, en donde ha señalado el honorable tribunal que:

*“La acción de cumplimiento prevista en el artículo 87 de la Constitución Política tiene como finalidad proporcionar a toda persona la oportunidad de exigir que las autoridades públicas y los particulares cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas cumplan el mandato de la Ley o lo previsto en un acto administrativo, a fin de que el contenido de éste o aquella, tengan concreción en la realidad, y no quede su vigencia real y efectiva supeditada a la voluntad particular de la autoridad pública encargada de su ejecución.*

*Este es el desarrollo previsto en su reglamentación, Ley 393 de 1997, al consagrar en su artículo 1° que toda persona podrá acudir ante la jurisdicción contenciosa para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza de Ley o Actos Administrativos, acción que*

*procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir su incumplimiento, y contra los particulares, bajo los mismos supuestos, cuando actúen o deban actuar en ejercicio de funciones públicas - artículos 6º y 8º*

El ejercicio de esta acción de acuerdo a lo señalado en el artículo 9 de la ley 393 de 1997, tiene como único límite el que solo es procedente cuando el accionante no cuente con otros medios de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o del acto administrativo, al respecto el consejo de Estado ha señalado que de igual manera esta no es procedente *“si la obligación no está clara, si existen diferentes interpretaciones sobre la norma que se pretende se cumpla, el particular afectado cuenta con otros mecanismos de defensa judicial a través de los cuales puede discutir y hacer valer sus derechos”*

De esta manera, en caso de demandarse el cumplimiento de una obligación por parte del ente de Control, contenida en una ley o acto administrativo debe prestar especial atención a que tanto la solicitud este orientada a exigir, por parte del Ente de control el cumplimiento de la norma legal, y no que se cumpla conforme a la interpretación que sobre su alcance tenga el demandante. Así mismo, el demandante puede hacer cumplir la aplicación de una norma jurídica con la petición de cumplimiento de la norma fiscal y si la contraloría respectiva se allana a cumplirla, se debe abstener de incoar la respectiva acción de cumplimiento que precisamente busca la aplicación de una norma jurídica tanto en el proceso auditor, como en las indagaciones preliminares y los procesos de responsabilidad fiscal.

## **2.2 La acción constitucional de tutela como herramienta contra la decisión de suspensión del funcionario en el ejercicio del principio de verdad sabida y buena fe guardada.**

La facultad de los contralores de solicitar la suspensión de un funcionario, entendida como aquella medida preventiva que busca separar temporalmente al funcionario de su cargo por haber sido vinculado a un proceso de responsabilidad fiscal, penal o disciplinaria; con el fin de evitar que la permanencia en su cargo impida o dificulte la investigación que se adelante; ha de ser interpretada en todo caso como una facultad que se encuentra sometida a los principios de la razonabilidad, proporcionalidad y especialmente del debido proceso.

En atención a los mencionados principios, de acuerdo a los supuestos requeridos para que prospere, esta supone no solo la existencia de investigaciones fiscales o de procesos penales o disciplinarios contra sujetos pasivos de control fiscal, sino además que la etapa procesal en la cual se encuentre la investigación que motiva la solicitud de suspensión, sea la que continua luego del auto que ordene la apertura de la investigación fiscal o disciplinario, o la audiencia de imputación en el caso penal; lo anterior por cuanto solo hasta estas etapas dentro de los respectivos procesos es posible determinar los posibles autores de las conductas investigadas así como el daño que presuntamente han ocasionado.

De igual manera en atención a los mencionados principios de proporcionalidad y razonabilidad cuando quiera que el Contralor solicita la suspensión provisional de un funcionario, al ejercer esta facultad debe realizar un ejercicio intelectual producto dentro del cual no quepa la menor duda respecto de la necesidad de retirar al funcionario destinatario de la medida; debiendo estar necesariamente demostrado que existen elementos que permitan concluir que con su permanencia en el cargo se puedan entorpecer las investigaciones, se continúe malversando los recursos del erario público, o se comprometa todavía más el interés colectivo, y que como consecuencia, sea apremiante la medida extrema para asegurar la efectividad de la investigación.

Medida que deberá ser proporcional a la gravedad de los hechos y a la trascendencia de la



investigación, teniendo en cuenta que la misma durará por el mismo término que duren las investigaciones, razón por la cual es imperativo que luego de imponer la medida se haga el respectivo seguimiento a las investigaciones, para que dado el caso solicite el levantamiento de la suspensión por haber desaparecido las circunstancias que la motivaron o por el grave perjuicio pueda estar ocasionando la dilación o demora en las investigaciones que se adelantan en contra del funcionario.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que todas estas circunstancias permean directamente con el derecho fundamental al debido proceso, consagrado como tal en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, es posible reclamar su protección inmediata, pues al no observarse formalidades básicas como las enunciadas, pasando por encima de los principios de razonabilidad y proporcionalidad se estará causando un perjuicio inminente e irremediable al funcionario, la cual se mantendrá hasta que terminen dichas investigaciones con franca violación al debido proceso, razón por la cual es posible solicitar del juez constitucional el amparo de los mismos a través de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

Así mismo las personas sujetos de control y vigilancia fiscal son titulares de la acción de tutela cuando las contralorías tanto en el proceso auditor, en las indagaciones preliminares y en los procesos de responsabilidad fiscal les vulnere un derecho fundamental tales como el reconocimiento a su personalidad jurídica, el debido proceso, el derecho a contradicción a defensa material y técnica, el derecho de defensa, el derecho a proceso público sin dilaciones injustificadas etc.

### **2.3 Las acciones constitucionales popular y de grupo ejercidas contra actuaciones de un órgano de control fiscal.**

La acción popular es otro mecanismo o herramienta con la cual cuentan los sujetos pasivos del control fiscal así como la comunidad en general, para demandar ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, conforme a los artículos 144 y 145 del CPACA con el fin que las contralorías cumplan con el correcto cumplimiento de la función de control fiscal que les ha sido encomendada por la constitución y la ley; estas acciones como medios procesales creados por la constitución y la ley para la protección de los derechos e intereses colectivos, constituyen la vía eficaz para demandar la protección de los derechos e intereses colectivos cuando por la acción o la omisión de los entes de control fiscal se amenazan o quebrantan dichos derechos ya que buscan evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

De esta manera, como lo enunciamos en el capítulo anterior, el congreso de la república a través la ley 472 de 1998 por mandato del artículo 88 de la Constitución política, dispuso que las acciones populares tienen por objeto proteger y defender los intereses y derechos colectivos, creando además un listado de esos derechos e intereses entre los que se encuentran el patrimonio público y la moralidad, los cuales sin restar la importancia que pueden llegar a merecer los demás derechos colectivos, son de los que más se demanda la protección de las contralorías, por estar íntimamente relacionados con el ejercicio de sus funciones.

De esta manera como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, con relación a los principios orientadores de la función administrativa frente al patrimonio público y la moralidad administrativa:

*“( ) Las conductas violatorias de derechos colectivos, generadoras de la acción popular, están*

*originadas por regla general en el ejercicio de la función regulada en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual: '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 ( )'. Principios que son objeto de control a través de la acción popular, con miras al estudio de los procedimientos donde presuntamente se involucran el abuso de la función administrativa en beneficio individual, y la recuperación de sumas de dinero que se desvían del patrimonio público a causa de la corrupción administrativa ( ).*

Así mismo, señala la misma corporación frente al principio de la moralidad administrativa que "la moralidad administrativa es una norma en blanco que debe ser interpretada por el juez bajo la hermenéutica jurídica y aplicada al caso concreto conforme a los principios de la sana crítica, Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001, exp. AP-163. C.P. Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

*La moral administrativa, como principio constitucional está por encima de las diferencias ideológicas y está vinculada a que el manejo de la actividad administrativa se realice con pulcritud y transparencia, con la debida diligencia y cuidado que permitan que los ciudadanos conserven la confianza en el Estado y se apersonen de él. El funcionario público en el desempeño de sus funciones debe tener presente que su función está orientada por el interés general, el cumplimiento de la ley y el mejoramiento del servicio.*

*Si el funcionario público o inclusive, el particular, actúan favoreciendo sus intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, u omiten las diligencias necesarias para preservar los intereses colectivos, o transgreden la ley en forma burda, entre otras conductas se está ante una inmoralidad administrativa que puede ser evitada o conjurada a través de las acciones populares ( ).*

*Dentro de tales principios se incluye el cuidadoso manejo de los bienes y dineros públicos en beneficio de*

*todos los Colombianos atendiendo a que si constitucionalmente se tiene el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de los conceptos de justicia y equidad (numeral 9° del artículo 95 de la Constitución Política), uno de los derechos correlativos es el de reclamar la transparencia y la racionalidad en su manejo ( ).*

*Toda vez que como se dejó anotado, por tratarse de una norma abierta, cuya aplicación al caso concreto se deriva de la interpretación que sobre ésta efectúe el juez atendiendo los principios generales del derecho y la justificación de la función administrativa, esta Sala estima que para que se concrete la vulneración de la ‘moralidad administrativa’ con la conducta activa o pasiva, ejercida por la autoridad o el particular, debe existir una trasgresión al ordenamiento jurídico, a los principios legales y constitucionales que inspiran su regulación, especialmente a los relacionados con la Administración pública’ ( ).*

*Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular ( ).*

*Para la Sala, el debido manejo de los recursos públicos, la buena fe y el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, enmarcan el principio de moralidad administrativa, ámbito dentro del cual se debe estudiar el caso concreto ( )”*

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **ACCIONES CONTENCIOSAS CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE**

## **NATURALEZA FISCAL DE LAS CONTRALORÍAS.**

De acuerdo al estudio que venimos realizando acerca de las herramientas que ofrece la ley para el control de la actividad de los órganos de control fiscal, pasamos ahora a estudiar las acciones contencioso administrativas que se pueden interponer contra los actos de naturaleza fiscal de las contralorías, con el fin de que se les realice el respectivo control jurídico para determinar si las decisiones adoptadas y las actuaciones realizadas se encuentran sujetas a las respectivas normas legales; o si por el contrario en el ejercicio de su actividad el órgano de control ha faltado a las leyes, ha afectado un derecho subjetivo del administrado o ha desconocido el ordenamiento jurídico en general.

De esta manera, en este capítulo primero estudiaremos las acciones de nulidad simple en contra de los actos generales impersonales, abstractos que dictan las contralorías para el ejercicio de sus funciones como son los reglamentos autónomos que prescriben los métodos de rendición de cuentas, la realización de los procesos auditores etc; haciendo un especial estudio al acto que ordena el control fiscal excepcional y concurrente, luego repasaremos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como herramienta para atacar los actos de carácter particular y concreto que dictan las contralorías en contra de los sujetos pasivos de su función de control y vigilancia como los actos administrativos que aplican sanciones fiscales dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios, los fallos con responsabilidad fiscal, para finalmente estudiar el ejercicio de la acción de reparación directa cuando quiera que se haya afectado un derecho causando un daño originado por un hecho, una omisión, una operación administrativa o cualquier otra causa atribuible a las contralorías.

### **1. La acción de Nulidad Simple.**

Esta acción consagrada en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo- CPACA-, permite a toda persona acudir ante el juez de lo contencioso para que se declare la nulidad de los actos administrativos, describiendo en su inciso segundo los motivos que pueden dar lugar a tal declaración; como lo son la infracción de las normas en las cuales debe fundarse, la incompetencia del funcionario que lo expide; su expedición irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o con falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

En este tipo de acción como lo señala el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié, *“el juez debe hacer una confrontación entre el acto que se supone está viciado y la norma que se indica como infringida, para constatar si el acto se ajusta o no a derecho y declarar su nulidad”*, esta acción por regla general busca solo la declaración de la nulidad de un acto administrativo creador de situaciones jurídicas o impersonales, buscando que el acto administrativo se ajuste a la legalidad; razón por la cual al no haber un interés particular de por medio, cualquier persona en cualquier tiempo y sin que haya tenido que agotar vida gubernativa se encuentra legitimada para incoarla sin que pueda desistir, transigir o conciliar para lograr su terminación anticipada.

De acuerdo a lo señalado en el numeral primero del artículo 91 del CPACA, los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria por suspensión provisional, hecho que puede presentarse con ocasión del estudio de la nulidad de un acto administrativo, cuando de conformidad con lo señalado en el artículo 230, numeral 3o del CPACA, el acto impugnado sea manifiestamente contrario a las disposiciones invocadas como fundamento por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

**2. La Acción de Nulidad Simple contra los actos administrativos de la Contraloría General de la República, de la Auditoría General de la República y de las contralorías departamentales que ejercen el control fiscal excepcional y concurrente.**

El control excepcional por parte de la Contraloría General de la República, se encuentra establecido en el artículo 26 de la ley 42 de 1993, como la potestad para ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales y municipales, en los siguientes casos:

- a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del Congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales, y
- b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la ley.

Al respecto la Corte Constitucional a través de la sentencia C-403 de 1999, señaló:

*“4- Como regla general, de conformidad con el artículo 272 de la Carta, la función de control fiscal a nivel departamental, distrital y municipal le corresponde a las entidades territoriales; y la definición del margen de autonomía con el cual éstas habrán de contar, es una cuestión que la Constitución defiere al Legislador. Sin embargo, tal y como lo señaló la sentencia C-219/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Carta "estableció una serie de reglas mínimas que tienden a articular el principio unitario con la protección de la autonomía territorial, optando, en algunas circunstancias, por dar primacía al nivel*

*central y, en otras, por favorecer la gestión autónoma de las entidades territoriales".*

*Al mismo tiempo, no se debe perder de vista que la autonomía con la que cuentan las entidades territoriales tiene ciertos límites, ya que su existencia se desenvuelve en el marco de un Estado Unitario; por ello, su actividad se debe armonizar con la de las demás entidades, órganos y autoridades estatales. Ya tiene establecido la Corte que "los principios de descentralización y autonomía sólo pueden ser entendidos en su prístino sentido al ser relacionados con el de unidad, ya que a falta de la delimitación que éste les proporciona, la afirmación de los intereses locales, seccionales y regionales conduciría a la configuración de un modelo organizativo distinto al propugnado por las normas constitucionales vigentes" (Sentencia C-373/97, M.P. Fabio Morón Díaz).*

*5- El equilibrio entre los principios de autonomía y de unidad implica que la ley puede obviamente regular las cuestiones vinculadas a un interés nacional, pero no debe vulnerar el contenido esencial de la autonomía de las entidades territoriales, y en particular debe respetar "los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses Sentencia C.535 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero, fundamento 6. . Por ello, en desarrollo de estos principios, la Corte tiene bien establecido que la facultad de injerencia de la ley en los recursos de las entidades territoriales es distinta, según que se trate de dineros que provienen de los ingresos de la Nación (recursos exógenos), o de recursos que provienen de fuentes propias de las entidades territoriales (recursos endógenos). Así, es obvio que en relación con recursos territoriales provenientes de fuente endógena (recursos propios), la posibilidad de intervención de la ley es restringida, pues de otra forma la autonomía financiera de las entidades territoriales se vería vulnerada. En cambio, la ley puede regular más intensamente la forma de utilización de los recursos territoriales exógeno Al respecto, ver, entre otras, las sentencias C-219 de 1997 y C-089 de 2001.*



6- La aplicación de los anteriores criterios al control fiscal explica que la Contraloría General de la República tenga facultades amplias para ejercer control sobre los recursos exógenos de las entidades territoriales, mientras que su intervención en relación con los recursos endógenos debe ser excepcional, tal y como lo dispone el artículo 267 de la Carta. Por ello, la mencionada sentencia C-403 de 1999 dijo al respecto:

"existe un control concurrente de nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de la necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la Administración, sin que se pueda predicar por esto exclusión o indebida intromisión del nivel nacional en la administración territorial. Al contrario, a juicio de la Corte, es el desarrollo adecuado del artículo 228 de la Constitución Política, que impone el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley".

7- En ese sentido, el control que ejerce la Contraloría General de la República sobre los recursos provenientes de ingresos de la Nación será prevalente, ya que en tanto órgano superior del control fiscal del Estado, "no requiere ninguna clase de autorización, ni solicitud, porque se trata de intereses de carácter nacional y, los recursos que se les transfieran, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado (art. 2, C.P.)" (Sentencia C-403/99, *ibídem*).

Algo distinto sucede con los recursos propios de las entidades territoriales, respecto de los cuales la intervención de la Contraloría General, en los términos del artículo 267

*Superior, deberá ser excepcional; ello, en la medida en que estos recursos son asuntos propios de los entes territoriales, que delimitan su ámbito esencial de autonomía en tanto manifestaciones del fenómeno de descentralización prescrito por el Constituyente (CP art. 1°). Es el Legislador quien está llamado a efectuar la coordinación que debe existir entre las competencias ordinarias de tales entidades, y el control excepcional de la Contraloría General. Y precisamente en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, efectuó esa distribución de competencias.*

*8- Observa la Corte, en este caso, que el desarrollo legislativo del canon 267 Superior respeta lo dispuesto en la Constitución, por las siguientes razones: En primer lugar, esa intervención persigue finalidades legítimas, no sólo porque desarrolla una posibilidad explícitamente autorizada por la Carta (CP art. 267), sino además porque pretende evitar que se dilapiden los recursos estatales, en aquellos eventos en que pueda dudarse de la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales que puedan afectar su idoneidad. En segundo lugar, la ley señala hipótesis verdaderamente excepcionales en las cuales podrá ejercer sus competencias la Contraloría General de la República sobre los recursos propios de las entidades territoriales: (i) cuando así lo solicite el gobierno de la respectiva entidad, una comisión permanente del Congreso, o la mitad mas uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales; y (ii) cuando así lo solicite la ciudadanía, por medio de los mecanismos legales de participación. Finalmente, se trata de hipótesis que reflejan directamente el principio constitucional de participación (CP arts 1° y 3°), ya que buscan consultar la voluntad de la ciudadanía para justificar la actuación de una entidad nacional, bien sea a través de las corporaciones y funcionarios de elección popular, o directamente, por medio de los mecanismos de participación que otorga la ley. Por ello, la intervención de la Contraloría General en estos casos no desconoce la autonomía territorial, ya que es proporcionada al fin perseguido por la ley y por la propia*

*Constitución, como es proteger la idoneidad de la función de control fiscal, para salvaguardar de esa manera los recursos públicos.”*

De esta manera el control excepcional por tratarse de una potestad atribuida a la Contraloría General de la República, al igual que sucede con el resto de sus decisiones, esta es susceptible de ser demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad simple, actuando como demandantes las respectivas contralorías a las que se les excluye, sin perjuicio de que por tratarse de una acción pública cualquier persona pueda promover su nulidad.

Dentro de esta demanda de nulidad como vimos puede solicitarse la suspensión provisional del acto administrativo, debiendo observarse que en todo caso se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 231 del CPACA; es decir, que baste confrontar los actos acusados con las normas contenidas en la ley 42 de 1993 y la ley 610 de 2000. De esta manera lo ha entendido el Consejo de Estado, al resolver la solicitud de suspensión provisional de los actos administrativos mediante los cuales la Contraloría General de la República, asumió el conocimiento de las investigaciones fiscales que venía adelantando la Contraloría de Bogotá por los daños en las obras de Transmilenio en la ciudad de Bogotá DC.

*Estima la Sala que en el caso sub examine no se dan los presupuestos para decretar la suspensión provisional, pues de la confrontación de los actos acusados con las disposiciones constitucionales y legales citadas como fundamento de la medida cautelar, no se hace patente la infracción alegada, máxime cuando los artículos 26 de la Ley 42 de 1993 y 63 de la Ley 610 de 2000, facultan a la Contraloría General de la República, para ejercer el control fiscal excepcional prevalente para adelantar procesos de responsabilidad fiscal que se originen*

*como consecuencia del ejercicio de la facultad excepcional de control fiscal a solicitud de la ciudadanía, del gobierno departamental, distrital o municipal, como ocurrió en este caso.*

*Para establecer si los actos acusados resultan violatorio del debido proceso en cuanto la Contraloría General de la República omitió adelantar la actuación administrativa previa a su expedición decidiendo las solicitudes de control excepcional que dieron origen a la medida, se precisa estudiar las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, análisis propio de la sentencia y no de esta etapa procesal.*

*En relación con las demás normas que se citan como violadas para la Sala no basta confrontar los actos acusados con estas normas, sino que ello supone un estudio de fondo, impropio de esta etapa inicial del proceso; además, se hace necesario revisar los antecedentes y diligencias adelantadas por la CGR para ordenar el control fiscal excepcional.*

### **3. La Acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho contra los actos administrativos que declara la responsabilidad fiscal.**

Por otra parte, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contenida en el artículo 138 del CPACA, se encuentra contemplada como herramienta para aquellas personas que se sientan lesionadas en un derecho amparado en una norma jurídica, para pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho, pudiendo solicitar también que se le repare el daño; teniendo ello otra de las características de este tipo de acciones es el carácter rogado ante la jurisdicción, razón por la cual al solicitarse la nulidad del acto administrativo debe incluirse la condena que se reclama como consecuencia de la expedición del acto administrativo con violación de las normas superiores.

Es importante señalar, que contrario a lo que sucede con la acción de nulidad simple, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se requiere que quien promueve la acción tenga un interés directo derivado del perjuicio que se le ha ocasionado con la expedición del acto viciado; teniendo en cuenta esta característica el artículo 136 del CCA, ha dispuesto que este tipo de acciones caducaran al cabo de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación.

De igual manera, a diferencia de lo que sucede con la acción de simple nulidad, una vez iniciado un proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con ocasión de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, este puede terminar por el desistimiento del demandante, por transacción o por conciliación.

Vemos que por esta vía los sujetos de control fiscal cuentan con una herramienta para garantizarles un adecuado ejercicio del derecho de defensa, al permitirles demandar los actos administrativos proferidos por las autoridades de control fiscal y que los afectan o lesionan. De esta forma estudiaremos la acción de nulidad frente a los actos administrativos que declaran la responsabilidad fiscal de una persona, así como del acto proferido con ocasión de un proceso sancionatorio de carácter fiscal.

#### **4. El control de legalidad externo del acto administrativo que declara la responsabilidad del gestor fiscal.**

Teniendo en cuenta que el acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal de un sujeto de control fiscal, crea una situación particular y concreta a la persona que es declarada responsable fiscalmente la única vía por la cual es posible solicitar se declare la

nulidad de este tipo de actos es a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ya que como lo ha señalado el Consejo de Estado

*“... acorde con el contenido de los actos demandados, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho y, en ese orden de ideas, debió ejercitarse la acción dentro del término de caducidad de 4 meses contados desde la notificación del acto, que en cada caso, culminó la vía gubernativa, sin que exista norma legal que consagre término de caducidad diferente para demandar actos proferidos por la Contraloría General de la República que definen la responsabilidad fiscal y, menos aún, que consagre que con respecto a tales actos no existe caducidad para ejercitar la acción contenciosa”.*

*“Advierte la Sala que los actos administrativos demandados son de carácter particular y no están enlistados en la ley como susceptibles de enjuiciamiento a través de la acción de nulidad, además de que tampoco se trata de actos que”... comporten un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos....”*

*Como los actos administrativos acusados no encuadran dentro de la perspectiva jurídica antes enunciada, la demanda contra los mismos sólo es procedente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*

*Pero el hecho de que se haya invocado el ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. no convierte per se la demanda en inepta, pues, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, debe el juzgador interpretarla y analizar si*

*se dan o no los presupuestos para la viabilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 ibídem.*

*En este caso, la acción incoada, interpretada como de nulidad y restablecimiento del derecho, se ejerció dentro del término de caducidad. Sin embargo, no se advierte el interés que reclama el artículo 85 del C.C.A. para promover la acción, ya que del texto de los actos administrativos demandados no se infiere que se le hubiera lesionado un derecho al Departamento de Santander, del cual éste sea titular”*

De acuerdo con ello, tenemos que la única vía para lograr la nulidad del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal de una persona, es a través de la acción de nulidad y restablecimiento, sometiéndose por tanto a cada una de los requisitos que le son propios a este tipo de acciones, como lo son el requisito de agotamiento previo de la vía gubernativa, el termino de caducidad para su interposición, la legitimación en la causa, las formas de terminación anormal del proceso, etc.

Respecto del agotamiento de la vía gubernativa, como requisito para presentación y admisión la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del fallo con responsabilidad fiscal el Consejo de Estado ha señalado:

*“Sabido es que el recurso de reposición no es obligatorio de interponer, no así el de apelación; y habida cuenta de que en relación con el acto administrativo acusado el actor no interpuso dicho recurso, sino que optó por la solicitud de revocatoria directa, según lo manifiesta en la demanda (folio 5), forzoso es concluir que la demanda debe rechazarse (...) por la falta de agotamiento de la vía gubernativa, supuesto este sine qua non para el ejercicio de la acción, según las voces del artículo 135 del C.C.A”.*

Sin embargo, es de señalar que el Consejo de Estado, ha indicado que en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, en los casos en que la acción en contra de este tipo de actos sea interpuesto como acción de simple nulidad, debe interpretarse la acción propuesta como de nulidad y restablecimiento del derecho, debiendo en todo caso observarse cada uno de los mencionados presupuesto procesales para su ejercicio; así en providencia del 20 de febrero de 1997, con ponencia del doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz la sección primera del Consejo de Estado afirmó:

*“(...) reiteradamente ha precisado la Sala que, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, debe interpretarse la acción propuesta como de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual es menester establecer si se dan o no los presupuestos procesales para su ejercicio.*

*(...) en el caso sub examine ya que el actor ni en la etapa gubernativa ni en la jurisdiccional acreditó interés jurídico alguno que le permitiera incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque se le hubiera lesionado un derecho suyo; además, para la fecha de presentación de la demanda ya había transcurrido el término de 4 meses de que trata el artículo 136 del C.C.A., razón por la cual, a la luz de las disposiciones que gobiernan esta acción, tampoco puede estudiarse la demanda”.*

##### **5. El control de legalidad externo contra el acto proferido en un proceso administrativo sancionatorio de naturaleza fiscal.**

En virtud de lo establecido en el artículo 99 de la ley 42 de 1993, los contralores podrán imponer sanciones de amonestación y la multa directamente a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por él, sancionado a quienes:



- No comparezcan a las citaciones que en forma escrita les hagan las contralorías;
- No rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas;
- Incurrir reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes  
Se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas
- De cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal, cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo su responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida;
- No adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías;
- No cumplan con las obligaciones fiscales y.  
Cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello.

Teniendo en cuenta, que el acto administrativo que impone la respectiva sanción crea una situación particular y concreta para el sujeto pasivo del control fiscal, este puede ser demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; cuando luego de agotado el trámite correspondiente a la vía gubernativa el afectado considere que el actuar de la Contraloría no se ajusta a derecho al no darse los supuestos enunciados anteriormente por haber sido emitido el acto administrativo por funcionario incompetente, con desviación

de poder, con el desconocimiento de del derecho de audiencias y defensa, o por infracción de las normas en las que debía fundarse

Situaciones que puede presentarse con cierta frecuencia, cuando con ocasión del proceso auditor el equipo designado por el órgano de control para tal fin, actúa por fuera de los límites dados por la ley 42 de 1993, ya sea porque han incurrido en el abolido control previo e inician procesos administrativos sancionatorios ante la negativa de las entidades de suministrar ese tipo de información por no encontrarse obligadas a suministrarla; o porque esta es requerida a quien no se encuentra en el deber de suministrarlos por no ser el representante legal de la entidad, o cuando con ocasión del proceso auditor el equipo solicita un gran número de información para ser entregada en un corto plazo, violando el principio de razonabilidad que debe acompañar este tipo de actuaciones.

#### **6.- La Acción de reparación directa contra las Contralorías por los daños que ocasione durante el ejercicio del proceso auditor y del proceso de responsabilidad fiscal y de jurisdicción coactiva.**

Por su parte, la acción de reparación directa se encuentra contemplada en el artículo 140 del CPACA, como aquella herramienta con la que cuentan los afectados por los daños que hayan podido ser causados por un hecho, una omisión o una operación administrativa proveniente del ente de control fiscal. Así, como ha señalado el Consejo de Estado, de demandarse la responsabilidad del ente de control con ocasión de alguna de las conductas anteriormente descritas por ser causantes de un daño, este necesariamente debe ser antijurídico para que haya lugar a indemnizarlo; debiéndose probar el hecho, el daño y la relación causal afirmadas; con el fin de lograr que además de la declaratoria de responsabilidad extracontractual de la Contraloría se obtenga la reparación del perjuicio causado.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARA LA RESPONSABILIDAD FISCAL.**

**1. De la revocatoria directa del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal o impone una sanción como consecuencia de un procedimiento sancionatorio o ejerce el control fiscal excepcional.**

La revocatoria directa del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, o del acto administrativo de naturaleza fiscal que impone una sanción dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios, o que ejerce el control fiscal excepcional o concurrente en cualquiera de sus modalidades está regulados por las normas generales del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1474 de 2011.

**2. causales de revocatoria directa de los actos administrativos de contenido individual y concreto expedidos por los funcionarios durante el ejercicio del control y vigilancia a la gestión fiscal y de los procesos de responsabilidad fiscal.**

El acto administrativo por el cual se ejercita el control fiscal excepcional o concurrente en cualquiera de sus modalidades, el acto administrativo que solicita al nominador la suspensión de un funcionario público sujeto del control fiscal mientras se adelantan las investigaciones disciplinarias, penales y fiscales con sujeción al principio constitucional de verdad sabida y buena fe guardada; el acto administrativo que impone una sanción fiscal dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio, el acto administrativo que contiene un fallo con responsabilidad fiscal, el acto administrativo que resuelve una excepción dentro del proceso de jurisdicción coactiva son susceptibles de revocatoria directa, conforme al artículo 93 de la Ley 1437 de 2001-CPACA-, que dispone lo siguiente:

"Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- a. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución y a la Ley.
- b. Cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él.
- c. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

### **3. Procedimiento administrativo de revocatoria directa.**

El estado de derecho, establece como supuesto que las actuaciones de la administración deban desarrollarse bajo el imperio del principio de legalidad; principio de derecho público que impone una sujeción de las actuaciones de la administración a la ley en sentido amplio, paralelo a lo cual, atribuye al servidor público la obligación de desarrollar su función en consonancia con los contenidos jurídico-normativo existentes, de forma tal que se garantice seguridad jurídica a los asociados.

En tal sentido, el constituyente estableció en el artículo 6° superior, la vinculación positiva como precepto imperante en el ejercicio de la actividad desarrollada por el servidor público, según la cual al mismo contrario sensu a lo establecido para el particular, solo le es permitido hacer lo que expresamente le es atribuido como función, así lo señala la norma al instituir 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”.*

No obstante lo anterior, la administración en ejercicio de sus funciones puede incurrir en errores, haciendo con ello que la actividad por ella llevada a cabo sea irregular y no se ajuste a derecho. Consciente de ello, el legislador estableció las figuras de la vía gubernativa y la revocatoria directa, a fin de que la administración mediante estas pudiese ejercer control directo sobre sus propias actuaciones, y ajustarlas al ordenamiento jurídico vigente.

En este capítulo se hará de forma introductoria un estudio general de la figura de la revocatoria de los actos administrativos, como una de las prerrogativas estatales, contemplada en los artículos 93 A 97 del C.P.A.C.A, así como las causales para poder revocarlo y los límites legales por los cuales no se puede revocar un acto. Para luego, entrar a estudiar de forma particular la revocatoria del acto por medio del cual se declara la responsabilidad fiscal.

La revocatoria se instituye como un mecanismo extraordinario por medio del cual la administración, de oficio como atributo de su autoridad, o a solicitud de parte, puede dejar sin efecto un acto o fallo que infrinja el ordenamiento jurídico. Esta facultad, deberá ser tomada por el funcionario que expidió el acto o por sus inmediatos superiores. Así lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo al argüir: *“Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte...”*

En cuanto a la procedencia de este mecanismo, tenemos que debe fundarse en razones de legalidad o en motivos de oportunidad relacionados con la valoración del interés público, tal como se encuentra reglado en el artículo 93 del Código de Procedimiento

Administrativo y Contencioso Administrativo, que señala las causales o supuestos que dan lugar a su aplicación.

Por otro lado, es importante citar el fallo emitido por el Consejo de Estado, Sección tercera., Diciembre 9 de 2004, radicado 27921 M.P Ramiro Saavedra Becerra, en el cual se analizan las causales de revocatoria directa, estableciendo puntos importantes en relación al tema particular de la conciliación de los efectos patrimoniales de los actos administrativos de carácter particular, cuando se este ante la presencia de las causales del Art. 69 Código Contencioso, sobre tal punto se establece:

*“Cuando medie acto administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual una vez aprobada la conciliación se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.”*

En tal sentido, y en desarrollo del artículo 71 de la Ley 446 de 1998, se denota la existencia de una presunción legal, en tanto una vez conciliados los efectos patrimoniales de un acto administrativo se tendrá que este ha sido revocado *ipso jure*, razón por la cual no se requiere la posterior decisión de la entidad de retirar el acto del ordenamiento jurídico.

Sobre el tema de las causales de revocatoria de los actos administrativos contenidas artículo en el artículo 93 del C.P.A.C.A , la doctrina, establece una distinción interna entre las mismas en razón a su naturaleza., expresando en tal sentido que unas son de orden jurídico (la prevista en el numeral 1: violación manifiesta de la constitución y la ley), y otras son de mérito y conveniencia (las previstas en los numerales 2 y 3), cuando los actos administrativos no estén conforme con el interés publico o social, o cuando con ellos se

cause agravio injustificado a una persona). Afirmando paralelo a ello, que la revocatoria por las causales 2 y 3 tratándose de conveniencia, se convierten en una atribución que la ley confiere a las autoridades administrativas, y no a las judiciales.

No obstante tal distinción, frente al tema en particular de la procedencia de la conciliación con relación a los efectos económicos del acto administrativo, no tiene injerencia en tanto se tiene que aún respecto de la causal de mérito y conveniencia es procedente la misma, en tanto en ningún caso el Estado tiene poder discrecional para sacrificar sus intereses patrimoniales.

*Así mismo, la jurisprudencia citada con anterioridad afirma frente al tema:*

*“Cuando en la conciliación medie un acto administrativo, el juez deberá verificar, de una parte, que se presente alguna de las causales del art. 69 del C.C.A y, de otra, que lo conciliado sean los efectos económicos del acto. En relación con esta exigencia, la Corporación ha encontrado lógico que, si un acto administrativo se encuentra incurso en una de las causales de revocatoria directa, previstas por el artículo 69 del C.C.A., no produzca la totalidad o algunos de los efectos jurídicos y, en consecuencia, salga del ordenamiento.*

*Así, si la presencia de una de las causales de revocatoria directa de un acto administrativo impone su desaparecimiento del ordenamiento jurídico, en sede administrativa, con mayor razón ha de ocurrir lo mismo cuando, en sede judicial, el juez establece la configuración de alguna de tales causales y las partes llegan a un acuerdo sobre los efectos económicos del mismo.*

A renglón seguido en el análisis de la figura de la revocatoria directa, debe distinguirse la revocatoria de los actos creadores de situaciones generales de la de los actos creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, en tanto para uno y otro se requiere la

observancia y el cumplimiento de requisitos particulares que hacen que su tratamiento sea llevado por separado.

Respecto de los actos generales o actos regla, se tiene que siempre será posible revocarlo por razones de legitimidad, de mérito o conveniencia, en la medida que desaparezcan o cambien los presupuestos del acto jurídico original, o haya mutación sobreviniente de las exigencias del interés público que debe satisfacerse mediante la actividad administrativa.

De otra parte, cuando el acto ha generado situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, estas por su naturaleza son inmodificables e irrevocables unilateralmente por la Administración; razón por la cual se requerirá el consentimiento del particular afectado. En este sentido, la Corte y el Consejo de Estado han establecido en reiterada jurisprudencia, como en el caso de las Sentencias T-246 de 1996 y T-720 de 1998, y la Sentencia del Consejo de Estado del 6 de mayo de 1992, Sección Segunda que:

*“la administración no puede, en forma unilateral, revocar actos de carácter particular y concreto que reconozcan derechos en favor de los administrados, sin el consentimiento por escrito de éstos. Esta prerrogativa con que cuenta el particular, tiene como objetivos, entre otros, evitar que la administración, en uso de ciertos poderes y aduciendo una serie de necesidades, desconozca derechos subjetivos cuya modificación o desconocimiento requiere de la anuencia de su titular, pues, sólo él, por la misma naturaleza del derecho, puede renunciarlo. Si la administración no logra obtener ese consentimiento debe buscar la intervención del aparato jurisdiccional, que decide si es posible modificar o desconocer los derechos reconocidos al particular”*

Así pues, la administración deberá obtener el consentimiento del particular afectado por el acto administrativo de carácter particular; No obstante, en este punto es importante señalar que desde un precedente de 1993, la Corte Constitucional admitió, que con base a lo



señalado en el inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, la administración podía revocar directamente un acto expreso de carácter particular o concreto, sin el consentimiento del particular, si era evidente que el mismo se había obtenido por medios ilegales. Esta línea jurisprudencial se desarrolla en las Sentencias T-230-93, T-376-96, T-639-96 y T-336-97.

En igual sentido, se exceptuó el requerimiento del consentimiento al titular del derecho, ante la presencia de un acto resultante de la aplicación del silencio administrativo positivo, es decir un acto presunto positivo; así como en los casos en que se revoque un acto administrativo expreso, individual y concreto que tiene efectos desfavorable al individuo como es el caso de la imposición de una sanción, en tanto la decisión de revocatoria resulta conveniente a los intereses del mismo.

De otra parte, en el evento de no contarse con el consentimiento expreso y escrito del particular, la administración debe demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a fin de lograr el propósito buscado, es decir revocar el acto.

La facultad para revocar los actos administrativos por medio de los cuales se pone fin a un proceso de Responsabilidad Fiscal, surge de la remisión que expresamente hace el artículo 66 de la Ley 610 de 2000, al dictaminar que en los aspectos no previstos en ella, serán aplicables en su orden las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Así pues, existe habilitación legal que permite la revocatoria de estos actos en sede administrativa.

Dentro de este contexto, vale la pena anotar, que el acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal tiene el carácter de particular, razón por la cual le son aplicables las normas de este tipo de actos jurídicos, anteriormente descritas.

Así mismo, es menester dejar en claro que la revocatoria como acto de autocontrol de la administración, persigue la optimización en el logro de resultados de la labor estatal, motivo por el cual la decisión se respalda y debe cumplir con los presupuestos y causales contenidos en los artículos 93 y siguientes del CPCA. Por su parte, cuando en el desarrollo de la misma se relacionan recursos del Estado, la actuación hace parte de la órbita de la gestión fiscal.

La revocatoria del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, puede ser impulsada por una petición en tal sentido presentada por el particular, o a través del ejercicio de la potestad y autoridad con la que cuenta la administración de realizarlo oficiosamente con su propio impulso. No obstante frente a la solicitud presentada por el particular, cabe anotar que como lo ha establecido la jurisprudencia de forma reiterada, es deber de la administración conocer de la petición ciudadana, y pronunciarse sobre la misma, ya sea revocando la decisión o absteniéndose de ello.

En virtud del examen de legalidad y conveniencia del acto necesario a fin de tomar la decisión de revocar, será posible la práctica de pruebas mediante las cuales se pretenda desvirtuar la presunción de legalidad con la que gozan los actos administrativos, a fin de encuadrar el acto en una de las causales de revocatoria, y de tal forma hacerla efectiva.

Así mismo, debe anotarse que sobre un acto administrativo de trámite en un proceso de Responsabilidad Fiscal, podrá invocarse la nulidad procesal del mismo, empero,

tratándose de un acto administrativo que pone fin a la actuación con una decisión en firme, es decir un acto definitivo, procederá la revocatoria directa.

La Contraloría General de la República, como entidad que dirige el ejercicio del control fiscal expidió la Resolución Orgánica 05500 de 2003, mediante la cual reguló entre otros temas, el relativo a las competencias internas para el conocimiento de la revocatoria directa en los Procesos de Responsabilidad Fiscal; Así pues estableció, que según lo reglado en el artículo 12 del mismo, serán de conocimiento del despacho del Contralor General de la República las solicitudes de revocatoria directa de los actos dictados por la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

En esa misma línea, y en el entendido de la importancia del proceso de jurisdicción coactiva dentro de los procesos de Responsabilidad Fiscal, como mecanismo por medio del cual los entes de control fiscal buscan el resarcimiento del detrimento causado al tesoro público, se establece de cara al tema de la revocatoria, que esta será procedente en cualquier tiempo, hasta antes de que se decrete el archivo del proceso de jurisdicción coactiva.

Frente a la procedencia de la tutela en el proceso de jurisdicción coactiva y al proceso de Responsabilidad Fiscal, se establece de acuerdo a los presupuestos establecidos para esta acción, que esta procederá siempre y cuando se trate de un mecanismo transitorio que busque conminar un perjuicio irremediable que se este causando al particular.

En este sentir, según lo establecido en la Sentencia C- 799 de 2003: *“el procedimiento de cobro coactivo es susceptible de ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa, como lo son todas las actuaciones desplegadas por la administración que se reputan ilegítimas”*. Se constituye pues, en la vía judicial de defensa la actuación frente a la Jurisdicción Contenciosa, y en excepcional la

llevada acabo frente al juez de tutela

En esta misma línea, la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Radicación A.C.-3860 de 29 de Agosto de 1996, C. P. Daniel Suárez Hernández, establece una confirmación del principio de subsidiariedad y del concepto de perjuicio irremediable, aplicables en el contexto de la acción de tutela; es así como afirma la Sala:

*“Conforme al artículo 30. del Decreto 306 de 1992, el solo hecho de abrir o adelantar una investigación o averiguación administrativa por autoridad competente no implica la amenaza de un derecho constitucional. En este caso, la tutela se dirige contra el acto administrativo confirmatorio de aquel que cerró la investigación fiscal, elevó a faltante de fondos públicos contra el accionante y declaró abierta la etapa del juicio fiscal. En tales condiciones estima la Sala que no es la acción de tutela la vía jurídico - procesal adecuada para controvertir el acto administrativo referido, por cuanto existen acciones específicas consagradas en el Código Contencioso Administrativo para reclamar no sólo la nulidad de acto respectivo (art. 84), sino para demandar la nulidad del acto y el consecuente restablecimiento del derecho, cuando a ello hubiere lugar (art. 85.).*

En esta línea el numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2691 de 1991 establece expresamente que la acción de tutela resulta improcedente *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*

Con todo, la tutela podrá ser utilizada como mecanismo transitorio destinado a conminar el daño sufrido por el particular, siempre y cuando se demuestre que este está sufriendo un perjuicio irremediable; y por el contrario no podrá hacerse uso de la misma si el referido perjuicio es inexistente o si existen otros mecanismos o vías jurídicas con las cuales se pueda

afrontar la situación.

Así pues, la tutela podrá ser usada dentro del proceso coactivo como mecanismo transitorio frente al acto administrativo ejecutoriado; en tanto el contratista puede estar en situaciones de penuria por medidas tales como el embargo de sus cuentas bancarias.

De otra parte, es menester resaltar que aunque los supuestos de la responsabilidad fiscal contemplados en la ley, estén demostrados dentro del trámite fiscal, esto no obsta para que la garantía al debido proceso debe preservarse y garantizarse, por encima de estos supuestos normativos; así como la sujeción de dichas actuaciones a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos del Código Contencioso Administrativo.

En igual sentido, y en desarrollo de lo precedente, se exige que el acto administrativo por medio del cual se declare la responsabilidad fiscal esté en todo caso motivado, de forma tal que en se exprese con claridad los motivos y circunstancias que dieron lugar a la revocatoria.

En razón a lo anterior, si en el ejercicio del proceso de Responsabilidad fiscal, se viola el debido proceso al que tiene derecho el imputado según lo establecido constitucionalmente en el artículo 29, debe revocarse el acto administrativo, a fin de corregir de ser posible los defectos con que cuenta, y salvaguardar las garantías a que el sujeto de control fiscal tiene derecho.

En tal sentido, la Contraloría de la República en Concepto 57195 del 7 de octubre de 2005 determinó: *“ha de tenerse en cuenta los efectos de la revocatoria en cada caso especial, ya que dependiendo de las razones que la sustentan, si estas son de aquellas que no afectan derechos fundamentales o cuestiones de*

*fondo sobre el asunto a través de esta se enmiendan, corrigen o ajustan inconsistencias y se debe continuar con el tramite procesal correspondiente; pero si los motivos que la originaron alteran gravemente el debido proceso y el derecho a la defensa, los efectos pueden ser poner fin a la actuación administrativa con efectos de cosa juzgada y no abra lugar a que se inicie nuevamente o continúe el proceso”*

Así pues, los efectos de la declaratoria de la revocatoria son disímiles, y dependen en cada caso esencialmente de la causa que dio origen al vicio presente en el acto, de forma tal que el mismo fuera revocado por la administración.

Por lo anterior, se constituye pues para el funcionario público en un deber, ser custodio y garante de los derechos de los ciudadanos, de forma tal que al denotar la violación o amenaza de un derecho fundamental como consecuencia de un acto suyo, es su obligación revocarlo, sin temor de aceptar el vicio en el que recayó.

Con todo, la revocatoria directa del acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, es procedente siempre que se den los presupuestos previstos en el artículo 93 y siguientes del C.P.C.A; una vez ejecutoriado tal acto administrativo, aún encontrándose en curso el proceso de jurisdicción coactiva; y siempre que no se haya proferido auto admisorio de la demanda en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por el contrario, si ya caducó la acción, la revocatoria directa es precedente, siempre que el acto administrativo que contiene la responsabilidad fiscal surta efectos.

De otra parte, otra figura que debe ser analizada en relación al acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal y en general frente a cualquier acto administrativo es la denominada perdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos; fenómeno que parte

del supuesto de que el acto administrativo se encuentre en firme, la cual es procedente solo a petición de parte en el momento en que la administración pretenda ejecutarlo, y a través de ella el acto administrativo a diferencia de los efectos producidos por la revocatoria, sigue existiendo pero pierde la ejecutoriedad, es decir la posibilidad de hacer exigible su cumplimiento por parte de la entidad.

Referente a este tema, y a las diferencias existentes entre la revocatoria y la pérdida de fuerza ejecutoria la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto 1710 del 23 de Febrero de 2006, se pronunció al respecto, señalando en uno de sus apartes lo siguiente:

*“Tanto la revocatoria directa como la pérdida de fuerza ejecutoria parten del presupuesto de que el acto administrativo se encuentra en firme (véase el artículo 62 ibídem). La primera puede generarse a solicitud de parte u oficiosamente; en tanto que la segunda, sólo a solicitud de parte. La primera ataca la legalidad del acto; la segunda no. La primera puede conducir a que el acto salga del mundo jurídico; en la segunda, el acto administrativo continúa existiendo, pero pierde su ejecutoriedad. En conclusión, la primera afecta la validez del acto y la segunda sólo su eficacia.”*

Las causales que dan lugar a este fenómeno se encuentran contenidas en el artículo 91 del C.P.A.C.A., y deben ser alegadas en todo caso por el particular en el momento en que la administración pretenda hacer cumplir el acto, a través de la presentación de una excepción a la actuación administrativa.

En tal sentido el precepto de la referencia indica:

*ARTICULO 91. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en*

*contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Perderán obligatoriedad y, por tanto no podrá ser ejecutoriados en los siguientes caso:*

- 1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*
- 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho*
- 3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
- 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto*
- 5. Cuando pierdan su vigencia*

La fuerza ejecutoria de los actos administrativos es la capacidad de que goza la administración para hacer cumplir por sí misma sus propios actos. En antítesis, el fenómeno del decaimiento del acto administrativo, significa que éste deviene inejecutable, por cuanto los factores de hecho o las normas que existían al momento de su expedición y que le sirvieron de fundamento, ya no subsisten. Tal es el caso de un proceso de jurisdicción coactiva, en donde el mandamiento de pago queda ejecutoriado y la administración al cabo de 5 años no lo ha hecho exigible; en este evento el acto pierde fuerza ejecutoria de forma tal que la administración no podrá hacerlo cumplir.

En relación al tema de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, el Consejo de Estado, en auto de 28 de junio de 1996 con ponencia del



Dr. Carlos Betancourt Jaramillo explicó lo siguiente:

*"No existe en el derecho colombiano una acción autónoma declarativa del decaimiento de un acto administrativo o que declare por esa vía la pérdida de su fuerza ejecutoria. El decaimiento es sólo un fenómeno que le hace perder fuerza ejecutoria, con otros que enumera el art. 66 del C.C.A; y por tanto su declaración conforma una excepción, alegable cuando la administración pretenda hacerlo efectivo.*

Así pues, tenemos que no podrá pedirse, por vía de acción, que el juez declare que el acto ha perdido fuerza ejecutoria por decaimiento, pero sí podrá excepcionales la pérdida de esa fuerza, cuando la administración intente hacer cumplir el acto en ejercicio del privilegio de la ejecución de oficio. La pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo deber ser declarada por la misma autoridad que lo expidió.

En igual sentido, que para la revocatoria debe verse el decaimiento desde diferente óptica según se trate de un acto particular o general. Así pues, los actos generales decaen cuando pierden el sustento normativo en el que se apoyan, mientras que los actos particulares, que reconocen una situación jurídica individual, decaen cuando desaparecen sus fundamentos de hecho.

En palabras del jurista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su libro Acto Administrativo, Procedimiento:

*"El artículo 66 numeral 2, establece dos hipótesis a través de las cuales un acto producido válidamente puede llegar a perder fuerza en el ámbito de la eficacia al desaparecer sus fundamentos de hecho o de derecho. La doctrina identifica precisamente estas circunstancias como las determinantes del decaimiento o muerte del acto administrativo por causas imputables a sus mismos elementos, en razón de circunstancias posteriores, mas no*

*directamente relacionadas con la validez inicial del acto”.*

En consideración a lo anterior, se puede concluir que la figura de pérdida de fuerza ejecutoria no ataca la validez del acto, sino que busca principalmente conminar a la administración a hacer cumplir y valer el contenido de los actos que profiere, e igualmente que los mismos tengan concreción y ejecutividad en el mundo real.

En relación a la declaratoria de responsabilidad fiscal, tenemos que al encontrarse plasmada tal decisión en un acto administrativo, le son aplicables los fenómenos de la revocatoria directa y la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria propias de estos actos, en tanto se presenten los supuestos señalados en el C.P.A.C.A.

En síntesis los actos administrativos de carácter definitivo, ejecutoriados, de contenido individual y concreto, simples o complejos puede ser revocados directamente conforme a los artículos 93 y siguientes del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011. Veamos sus características:

- 1.- La Competencia para revocar directamente los actos administrativos es el funcionario que lo profirió o su superior funcional o jerárquico según el caso.
2. La revocatoria directa procede por las autoridades administrativas de oficio o a petición e parte, en ejercicio del derecho de petición.
3. La revocatoria del acto administrativo no procederá cuando la causal alegada sea la manifiesta oposición a la constitución y a la ley y se hayan interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuáles hay operado la caducidad para

su control judicial.

4. Si la causal de revocatoria directa del acto administrativa es cuando este no está conformes con el interés público o social o atenten contra él, o cuando con ellos se cause un agravio injustificado a una persona, procede la revocatoria directa aunque se haya hechos de los recursos de que es susceptible el acto y haya ocurrido la caducidad para su control judicial.

5. La oportunidad para la revocatoria directa podrá cumplirse aún cuando se haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

6. El término para resolver la revocatoria directa será dentro de los dos meses siguientes a la presentación de la solicitud, cuando ésta sea requerida a petición de parte.

7. Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso alguno.

8.-En el curso del proceso judicial hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del comité de conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

9. Si el juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien debería manifestar si la acepta en el término que se le señale para el efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

10. La petición de revocatoria directa y la decisión que la resuelva no revivirán los términos de caducidad de la acción contencioso administrativa, ni dará lugar a la aplicación del silencio administrativo.

11.-Salvo las expresas excepciones legales, cuando un acto administrativo de carácter individual y concreto bien sea expreso o ficto haya reconocido un derecho o haya modificado o creado una situación jurídica particular o reconocido un derecho de igual categoría no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

## **LIBRO SEGUNDO**

### **EL CONTROL FISCAL A LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

#### **PRIMERA PARTE**

#### **EL CONTROL FISCAL A LOS CONTRATOS ESTATALES EN RAZÓN AL OBJETO, AL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE Y A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL GESTOR Y SUJETO DE CONTROL FISCAL.**

## **TITULO PRIMERO**

### **EL PROCESO AUDITOR Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL DE ACUERDO A LAS TIPOLOGIAS DE LOS CONTRATOS ESTATALES.**

En el marco del control fiscal a los contratos estatales, corresponde analizar cada tipología contractual con sus respectivas características y diferentes modalidades incluyendo la normatividad aplicable, con el fin de identificar la forma adecuada de aplicar el proceso auditor a cada contrato y poder identificar las conductas que pueden generar responsabilidad fiscal, penal y disciplinaria que de la gestión contractual se derive.

Ejercer control fiscal a los contratos de la administración, implica por parte de los funcionarios de las contralorías conocer cada tipología contractual y su régimen aplicable; pues no se puede ejercer un control fiscal eficiente si se le aplica un control igual a un contrato de obra pública que a un contrato de concesión o prestación de servicios, o de otro lado, no es lo mismo adelantar un proceso de auditoría en una Empresa Social del Estado que en un Establecimiento Público.

De esta manera, me propongo abordar los diferentes contratos que celebra el Estado y también los regímenes contractuales especiales de la administración pública relacionados con la forma como debe ejercerse el control fiscal en cada uno de ellos.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **EL PROCESO AUDITOR Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.**

El contrato de obra pública por ser un contrato típico estatal, genera grandes dificultades en su aplicación jurídica debido a su naturaleza y complejidad económica, jurídica, financiera

social y ambiental; razón por la cual es indispensable conocer e interpretar en debido forma su régimen jurídico, no sólo por las partes intervinientes en la relación contractual, sino por ser este el objetivo que nos hemos trazado en razón del carácter de la intervención de los órganos de control en todo el proceso contractual, con el fin de evitar actuaciones contractuales que puedan llegar a perjudicar los intereses patrimoniales del Estado y conductas reprochables desde todo punto de vista, pero sin olvidar que este estudio también procura en gran forma, que los órganos de control en especial el de control fiscal conozca un límite de sus competencias en materia de contratación estatal basados por su puesto en un principio de legalidad contractual.

De esta manera, tenemos que el EGC en el artículo 32, de manera enunciativa define algunos contratos estatales dentro de los que se encuentra en el numeral 1º el contrato de obra pública, como aquellos que celebran “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”.

El contrato de obra se encuentra igualmente definido en el código civil, norma que resulta aplicable por remisión expresa que trae consigo el EGC en los artículos 13: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”; 32: *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”* y 40: *“Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades*

*estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración”.*

## **1. Modalidades del contrato de obra pública de acuerdo a la cláusula de precio y pago.**

La Ley 80 de 1993, nada dijo sobre la clasificación de los contratos estatales de obra pública, de tal manera que es preciso entonces revisar que en las normas reguladoras de la contratación estatal anteriores a la ley 80, se establecía una clasificación de los contratos de obra pública, situación que en nada impide que actualmente y de manera convencional, se establezca en contrato o en los pliegos de condiciones la forma como ha de llevarse a cabo el pago del precio pactado, teniendo en cuenta la formula que más convenga a la entidad y los diferentes deberes y obligaciones que consigo trae la formula escogida.

De esta manera, tenemos que de conformidad con el artículo 69 del decreto 150 de 1976, en el contrato de obra pública se pueden pactar las siguientes formulas de pago:

- a) Por un precio global o a precio alzado;
- b) Por precios unitarios, determinando el monto total de la inversión;
- c) Por el sistema de administración delegada;
- d) Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y
- e) Mediante el otorgamiento de concesiones.

Idéntica clasificación establecía el artículo 82 del decreto 222 de 1983 sobre la formula de

pago en los contratos de obra pública, estableciendo ambas disposiciones que es posible establecer mecanismos para la revisión de los precios cuando los mismos han sido pactados a precio alzado o a precios unitarios.

*“...como la ley de contratación sólo se limita a definir el contrato de obra, resulta conveniente profundizar en los distintos tipos o formas que se puede presentar. La Ley 80 de 1993 y sus reglamentarios no lo clasifica ni señala las formas o manera como éste puede celebrarse, lo que quiere decir que deja en libertad a la entidad estatal para escoger la manera como quiera celebrar el contrato de obra, y por tanto lo autoriza para que ella misma escoja como quiere contratar la obra, cómo va a ser a remuneración del contratista, etc.*

*Por tanto, esa libertad que permite la ley, autoriza a la entidad contratante para que pueda organizar la forma con va a contratar; como va a remunerar y como va a escoger el procedimiento que va a utilizar para llevar a cabo la obra. Claro está, que tales posibilidades para la entidad estatal deben quedar señaladas en los pliegos de condiciones de referencia, para que el contratista conozca la forma como va a contratar; sepa como se va a remunerar y en definitiva, dentro de los distintos contratos de obra que la ley y la costumbres aceptan, saber de ante mano cual va a ser el que él va a ejecutar”.*

De conformidad con lo dicho anteriormente y concordante con el artículo 2060 del CC, el contrato de obra pública puede estar sometido a diferentes formas de precio, como son el precio alzado o único de conformidad con la legislación civil, a precios unitarios, que pueden ser variable o invariable de conformidad con lo pactado por las partes en virtud del acuerdo de voluntad. Así mismo, se podrá pactar el precio en el contrato de obra por administración delegado, reembolso de gasto y pago de honorarios y los llamados contratos llave en mano.

Igualmente quedó previsto en la legislación anterior a la Ley 80 de 1993, que el contrato de



obra pública puede pactarse mediante el sistema de concesión, posibilidad que adquiere una nueva categoría de contratos estatales en el EGC, como contrato de concesión propiamente dicho diferente a un contrato de obra.

*“Tratándose de contratos de obra pública, de manera general puede decirse que es muy frecuente que las partes no conozcan a priori o desde el comienzo, las reales cantidades de obra que deben ser ejecutadas para completar el objeto contractual deseado, por lo cual no están dispuestas (en especial el contratista) a celebrar contratos a precio global o precio alzado, dado que existe un gran riesgo para la parte contratista o ésta querrá cubrirse tan bien que el riesgo, entonces, se traslada para el contratante, al resultar el precio tan inflado que cubra suficientemente el riesgo asumido.*

*Por ello, lo normal, usual y casi indispensable es que ambas partes prefieren ponerse de acuerdo sobre:*

*a) el objeto del contrato y su desagregación en capítulos o ítems de obra y en el precio unitario de cada ítem de obra (contrato a precios unitarios).*

*b) sobre el objeto del contrato y se convienen unos procedimientos para que se reembolsen los verdaderos costos de ejecución del objeto contratado y se pacta un porcentaje a título de honorarios a favor del contratista (administración delegada).*

*c) sobre el objeto del contrato y una metodología para que el contratista financie la obra con sus propios recursos, pero donde el contratante, periódicamente, le reembolsa los gastos efectuados y le reconoce unos honorarios, generalmente porcentaje sobre costos, (reembolso de gastos y honorarios).*

*Las dos últimas modalidades de acuerdos se utilizan muy frecuentemente para ejecutar partes de un contrato donde las dificultades de ejecución lo hacen muy oneroso o donde se presentan contingencias especiales, donde se hace*

*muy difícil predecir el valor real de su ejecución”.*

## **1.2. El control fiscal al contrato de obra pública a precio global o alzado: precio global fijo y precio global con formula de reajuste.**

En el contrato estatal de obra, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1501 de CC, se distinguen como de su esencia el acuerdo sobre el objeto o alcance del contrato y el acuerdo sobre el precio del mismo, y es este último acuerdo (sobre el precio) en el cual encontramos las diferentes modalidades del contrato de obra pública por la función que entra a cumplir tal acuerdo.

En los contratos a precio global o alzado, el valor que se incluye en la cláusula de precio es un valor único prefijado, que genera obligaciones entre las partes. Es el pago que debe realizar la administración por la obra contratada y por otro lado la obligación del contratista de ejecutar la totalidad del objeto del contrato por el valor pactado con anticipación. Es decir, mediante esta formula se establece el valor real del contrato y se afirma que el contrato de obra fue celebra con un precio global fijo, inmodificable.

No obstante lo anterior, lo cierto es que en los contratos de tracto sucesivo puede resultar una variación de los precios para los materiales, transporte, etc., por aumentos que pueden ser previsibles en las condiciones del mercado, de donde surge el deber de mantener “la igualdad o equivalencia de las prestaciones, o ecuación contractual que se traduce en que al momento en que nace el contrato, se establece una ecuación que coloca en una igualdad los deberes que se contraen y los derechos que se adquieren, o que la igualdad entre las prestaciones asumidas, debe permanecer inmutable durante toda la vida del contrato, por lo cual si llegare a ser alterada o modificada por la variación de algunos de sus componentes,

surge la obligación de restablecerla, recomponiendo el presupuesto que ha cambiado.

*"Lógicamente, los precios que rigen el contrato están estructurado para una ejecución normal del mismo, satisfacen la prestación del contratista en una relación contractual en la que se cumplen todas las previsiones que las partes hicieron al iniciar su vinculación, en donde nada atípico sucede, en donde no hay costos adicionales, fenómenos extraordinarios, ni hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito".*

Para lograr mantener una debida correlación entre las prestación del contrato, es necesario pactar en el mismo el tipo de moneda mediante el cual se efectuaran los pagos y en tal sentido especificar si los precios que pagan en dicho contrato estarán sujetos a un reajuste que permita conservar el valor del contrato inicialmente pactado.

Para evitar el deterioro monetario, se utilizan las formulas de actualización de precios, con las cuales se asegura que los valores pagados sigan teniendo el mismo poder adquisitivo, es decir, es el mismo valor aunque con una mayor expresión numérica.

El Consejo de Estado, sobre los mecanismos de revisión de precios de los contratos ha establecido que "otro mecanismo es el de ajuste o revisión de precios, establecido en el numeral octavo del artículo cuarto de la ley 80 de 1993, que busca mantener la ecuación contractual frente al aumento de los costos del contrato. El supuesto que determina la aplicación de tal dispositivo no se origina, necesariamente, en la administración y no requiere que sea imprevisible. Al respecto, en sentencia de 16 de febrero de 2001, se señaló lo siguiente:

*"Esta Sala ha sido reiterativa en afirmar que si bien la revisión de los precios del contrato se impone en los casos en que éste resulta desequilibrado económicamente, cuando se presentan alteraciones por causas no*

*imputables al contratista, independientemente de que las partes lo hayan pactado o no, para efectos de determinar si tal revisión es procedente, es necesario tener en cuenta, de una parte, que la modificación de circunstancias y su incidencia en los costos del contrato deben estar demostradas, y de otra, que las reclamaciones respectivas deben haberse formulado por el contratista a la Administración durante la ejecución del contrato o, a más tardar, en el momento de su liquidación. En caso contrario, las pretensiones relativas al reconocimiento de los correspondientes reajustes están llamadas al fracaso”.*

Los mecanismos descritos tienen el mismo objetivo: mantener la equivalencia de prestaciones entre los contratantes y proteger prudentemente, por razones de equidad, las utilidades o ganancias, previstas al momento de celebrar el contrato, de quien se ha visto afectado, sin su culpa, por hechos que desequilibran la ecuación económica. Sin embargo, los requisitos que dan lugar a la aplicación de uno u otro mecanismo son diferentes. Sobre los requerimientos para reconocer el reajuste o la revisión de precios, la doctrina ha expresado lo siguiente:

a) En cuanto al fenómeno que la tipifica

*“La revisión de precios se aplica por el acaecimiento de aleas previsibles, como la inflación y la devaluación de la moneda, que aún cuando se puede conocer anticipadamente su ocurrencia, no es posible cuantificar exactamente el impacto porcentual que tendrá en los valores determinantes del precio. No es procedente que el contratista solicite el ajuste o revisión de precios, cuando razonablemente puede prever el monto de los mayores costos que pueden sobrevenir durante la ejecución del contrato por los cambios de la realidad económica, porque el principio general de la buena fe que preside la formación y el cumplimiento del vínculo contractual, le impone el deber de cotizar un precio en la licitación o concurso que incluya todos los costos que diligentemente se puedan conocer al momento de presentación de la oferta.*

*La anterior es la diferencia más relevante entre la revisión de precios y la teoría de la imprevisión, pues para la aplicación de la primera no es necesario que el alea que altera la equivalencia económica del contrato sea un fenómeno que tenga carácter de imprevisibilidad, como si se requiere para la procedencia de la segunda. La revisión de precios se aplica para mantener la intangibilidad de la remuneración del contratista, por las alteraciones que se pueden presentar en los costos de los componentes de las obras, por fenómenos normalmente previsibles en su ocurrencia, como la inflación y la devaluación de la moneda, pero desconocidos en su incidencia porcentual en el valor del contrato.*

*b) En cuanto a la ruptura de la equivalencia económica*

*La revisión de precios procede por la variación de los costos de los componentes que integran las obras, servicios o suministros, lo que es un fenómeno objetivo que altera la equivalencia económica del contrato, sin que sea necesario que esta alcance determinada magnitud; se aplicará obligatoriamente cuando se presente cualquier aumento o disminución de los índices que reflejan el comportamiento de los costos. No se requiere, como por ejemplo ocurre con la teoría de la imprevisión o doctrina del riesgo imprevisible, que la variación de los costos supere el alea normal del contratista o torne excesivamente oneroso el cumplimiento de la prestación”.*

Se puede, entonces, establecer una diferencia fundamental entre el reajuste de precios y la teoría de la imprevisión; en el primero el hecho generador es perfectamente previsible, por eso generalmente se pacta en el contrato y se establece la aplicación de índices y fórmulas que permitirán reconocer los sobrecostos que pudieran ocurrir. Mientras que en la segunda, se trata de un hecho imprevisible, que solo después de su ocurrencia se puede constatar y, por lo tanto, establecer la manera como afecta el contrato y el monto de los sobrecostos consiguientes. Debe señalarse, en todo caso, que en ambos eventos es necesario demostrar el hecho generador del desequilibrio y su incidencia en los costos

del contrato.

En consecuencia, tenemos que la equivalencia de las prestaciones en los contratos de tracto sucesivo, pueden presentar variaciones durante su ejecución que afectan la economía del contrato, que se refleja en los precios o valor real del mismo y en consecuencia en el valor que la administración debe pagar al contratista como contraprestación por las obligaciones asumidas, variaciones que como bien se explicó en la sentencia citada, no son del ámbito de la teoría de la imprevisión.

Igualmente, tenemos que la cláusula de reajuste opera para ambas partes, de tal manera que si los precios del mercado aumentan se le deberá reconocer al contratista ese mayor valor siempre y cuando se demuestra que halla incurrido en él; en caso contrario, si los precios del mercado tienden a disminuir los reajuste deben hacerse a favor de la administración teniendo en cuenta que los costos en que incurrió el contratista fueron menores a los inicialmente pactados y sobre los cuales los servidores públicos responsables de la contratación en la Entidad les asiste el deber de reajuste el valor del contrato con base en el índice negativo del incremento del valor del contrato.

## **1.2 Control fiscal al contrato de obra pública a precios unitarios.**

El contrato a precios unitarios fue definido en el anterior estatuto de Contratación Decreto 222 de 1983, en el artículo 89 como aquellos en los cuales se pacta el precio por unidades o cantidades de obra y su valor total es la suma de los productos que resulten de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije.

El precio unitario como los demás que se verán a continuación, es sólo un precio estimativo, una suma probable sobre el valor del contrato y de las cantidades de obra a ejecutar calculadas al inicio del contrato, que pueden variar durante la ejecución del mismo aumentando el valor final del contrato, lo cual hace que se presente una diferencia sustancial entre los contratos celebrados a precio determinado con los contratos celebrados a precios determinables que en la práctica repercute en la aplicación de la las figuras de los contratos adicionales, las adiciones, las mayores cantidades de obra y de la prohibición legal de adicionar por más del 50% del valor del contrato contenida en el EGC, punto de importancia para el ejercicio del control fiscal, pues no se estaría incurriendo en la prohibición legal de adicionar por más del 50% del valor del contrato si este fue celebra a un precio determinable que no resulta obligatorio para las partes.

Al respecto, vale citar un concepto del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU de Bogotá D.C., sobre esta figura:

La institución jurídica del contrato adicional estuvo consagrada en los anteriores estatutos de contratación. En efecto, el artículo 58 del Decreto 222 de 1983 en forma caso idéntica a los dispuesto en el artículo 45 del Decreto Ley 150 de 1976, estableció: “...*cuando haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional*” (se resalta).

El Consejo de Estado al analizar esta disposición expresó: “*De la lectura de esta norma se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las*

*modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estas son simples reformas que no implican cambio radical en el contrato”.*

De esta forma, se consideró que sólo cuando se hace necesario reformar el objeto del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación por obras complementarias del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una mera reforma del contrato y por el contrario, cuando se celebra un contrato adicional las partes contratantes acuerdan una modificación del alcance del objeto y la consecuente alteración del plazo y del valor del contrato. Como por ejemplo, se cita el caso de un contrato de obras públicas en el que se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente incide en la modificación del alcance del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional.

El párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, estableció que “*Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales*” (se resalta).

El Consejo de Estado, pronunciándose sobre el alcance de esta disposición, diferenció los contratos pagados a precio global o alzado y aquellos a precio indeterminado pero determinable –contratos a precios unitarios, por administración delegada o por reembolso de gastos-, estableciendo que en éstos últimos la cláusula del valor en el mismo apenas sirve como indicativo de un monto estimado hecho por las partes, pero que no tiene valor vinculante u obligacional, pues el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya su objeto.



*“En estas condiciones es lógico concluir que las obligaciones nacidas del contrato son todas y que la obligación recíproca es hasta la conclusión del objeto contractual, sin que puedan entenderse limitadas o disminuidas esas obligaciones en razón de una cláusula de valor que no hace cosa distinta de señalar un "estimativo" del mismo, pero en la cual, por el mismo sistema de contratación, lo que se está advirtiendo es que puede cambiar” .*

De conformidad con lo anterior, continua el Consejo de Estado, “...solamente habrá verdadera “adición” a un contrato cuando se agrega al alcance físico inicial del contrato algo nuevo, es decir, cuando existe una verdadera ampliación del objeto contractual, y no cuando solamente se realiza un simple ajuste del valor estimado inicialmente del contrato, en razón a que el cálculo de cantidades de obra estimada en el momento de celebrar el contrato no fue adecuada; en otros términos, los mayores valores en el contrato no se presentan debido a mayores cantidades de obra por cambios introducidos al alcance físico de las metas determinadas en el objeto del contrato, sino que esas mayores cantidades de obra surgen de una deficiente estimación inicial de las cantidades de obra requeridas para la ejecución de todo el objeto descrito en el contrato” (se resalta).

Así pues, en los contratos a precio determinable como los pactados a precios unitarios, no es pertinente celebrar un contrato adicional en valor, ya que el contrato no ha cambiado su valor, solamente se comprueba que hubo una estimación inadecuada de las cantidades previstas para ejecutar ese contrato. En estos casos, lo procedente es simplemente, **efectuar por la administración un movimiento o adición presupuestal para cubrir ese mayor costo de ejecución del contrato.**

Lo anterior nos lleva a concluir que la prohibición de adicionar en más del 50% del valor del contrato, contenida en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no es aplicable en los contratos a precio determinable cuando el precio inicial estimado se incrementa por mayores cantidades de obra de los ítems inicialmente previstos. Desde luego, si las modificaciones requeridas implican adiciones en el alcance del objeto contractual o exigen la

creación de nuevos ítems de contrato o variación en los precios unitarios, tales modificaciones deberán recogerse en un contrato adicional.

Finalmente, es necesario aclarar que el estatuto contractual vigente, contenido en la Ley 80 de 1993, conservó el criterio de excluir de la adición del contrato los reajustes o revisión de precios. Así se desprende de lo dispuesto en los artículos 4º numeral 8º, 14 numeral 1º, 16, 25 numerales 13 y 14, y 27 que disponen la aplicación de mecanismos de ajustes de precios sin referirlos a la estipulación de una adición del contrato. Específicamente, el numeral 14 del artículo 25 ordena a las entidades estatales incluir en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos que se originen, entre otras causas, en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

Así, el acta de mayores cantidades de obra se entenderá para efectos legales como el movimiento presupuestal o la adición presupuestal ya aludidas, sin que esto signifique que hubo adición de contrato o contrato adicional, en el sentido ya expuesto, no siendo aplicable a las mayores cantidades de obra la prohibición porcentual contenida el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

De esta manera, para el ejercicio del control fiscal en los contratos celebrados con este sistema de pago igualmente debe tenerse en cuenta lo dicho por el Consejo de estado en el siguiente sentido:

“Y como en la realidad es extraño que el valor pactado en el contrato coincida con el valor final de la obra, tal situación no puede afectar al contratista, toda vez que en los contratos conmutativos, como es el de obra pública, el contratista debe recibir la contraprestación de

pago, por lo general, exacta al valor de la ejecución onerosa de la obra pública entregada a satisfacción. Sobre la conmutatividad en los contratos, el Código Civil enseña, en el artículo 1498, que *“El contrato es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe o hace a su vez”*. Y aunque no se desconoce judicialmente que la mayor cantidad de obra puede deberse o a situaciones imprevistas o a falencias administrativas en los estudios previos que realizó y que inciden, negativamente y por defecto, en el valor presupuestado para su ejecución, tales circunstancias ajenas al contratista, unas inimputables a la Administración (imprevistos) o imputables a ésta (irregularidad administrativa) no pueden concluir en la determinación de que el daño sufrido por el contratista no es antijurídico, porque él no está obligado a soportar detrimento patrimonial y pérdida de utilidad.

Además habiéndose comprometido el contratista, en su declaración de voluntad al negociar con la Administración, ofertando y celebrando el contrato, a hacer una obra determinada (art. 1.517 C. C.), está obligado a entregarle a la Administración lo contratado, pues a más de que los contratos deben además ejecutarse de buena fe *“obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*, como así lo señala el artículo 1603 ibídem.

*“Por ello en los contratos a precios unitarios, más que en otros, está implícita la cláusula rebus sic stantibus que permite adecuar el contrato a las necesidades durante su ejecución y el principio de mutabilidad de los contratos encuentra sus límites sólo en el objeto del contrato y en la finalidad que motivó la celebración del mismo”*.

### **1.3 Control fiscal al contrato de obra pública por el sistema de administración delegada.**

Los contratos de obra pública por el sistema de administración delegada en la práctica se constituyen en una especie de mandato mediante el cual el contratista, por cuenta y riesgo del contratante, se encarga de la ejecución del objeto del convenio. El contratista es el único responsable de los subcontratos que celebre.

Durante el desarrollo de los contratos pactados con esta fórmula de pago, la entidad contratante conserva la dirección sobre el desarrollo del proyecto y todas las actividades que de ahí se desprendan, es decir, la aprobación sobre los equipos a utilizar, la tecnología, autorizaciones, aprobación del personal directivo del administrador delegado que deberá contar con las facultades suficientes para estudiar y resolver los problemas que surjan durante la ejecución del contrato, etc.; pero la dirección técnica del proyecto siempre será de responsabilidad del administrador delegado, obligándose la administración a pagar al contratista el valor necesario para el cumplimiento de las obligaciones de conformidad con el presupuesto y las condiciones del contrato.

En cuanto al manejo de los recursos públicos mediante esta forma de pago, se tiene que los fondos que la entidad contratante transfiere al administrador delegado, este los deberá administrar bajo su propia responsabilidad y responderá por la indebida inversión ante la administración y los entes de control incluido las contralorías. Ahora bien, la administración no sólo puede transferir al administrador delegado fondos o recursos públicos, sino que también puede poner a su disposición bienes públicos muebles o inmuebles los cuales deberá restituir en las mismas condiciones en las cuales le fueron entregados, salvo su desgaste natural y de los cuales también deberá rendir informes ante las autoridades antes señaladas y en este entendido en valor final del contrato puede ser variables, como bien ya se había expresado, en razón de la cantidad y calidad de obra ejecutada.

En cuanto al valor que el administrador delegado recibe como contraprestación, generalmente este corresponde a un porcentaje sobre el valor total del proyecto, que bien puede pactarse en un porcentaje fijo o con un tope máximo, para lo cual la entidad debe observar la formula que más se ajuste las necesidades la administración contratante, es decir la que le sea más conveniente. Es decir, como en estos contratos se sabe que el precio inicialmente pactado no se tiene la certeza que se el que efectivamente se va a ejecutar se puede pactar un porcentaje progresivo de conformidad las reales actividades ejecutadas, pero siempre deberá calcular sobre la base del presupuesto oficial del contrato. V. gr. si el contrato tiene ítems sobre redes de acueducto o alcantarillado, bien es sabido que pueden que su cálculo inicial puede resultar inexacto y sería injusto pagar un porcentaje mínimo al contratista se en realidad ha ejecutado mayores obras que resultan necesarias para el cumplimiento del objeto contratado.

Por último, en cuanto a los contratos celebrados por el administrador delegado cuyo objeto este dirigido al cumplimiento del contrato por administración delegado, es decir los subcontratos que este llegue suscribir, deberá mantener indemne a la administración por la perjuicios o incumplimientos que este le llegara a causar a su contratista, de tal manera que los subcontratos se celebraran con exclusiva responsabilidad del administrador delegado. No obstante, lo anterior en nada impide que la administración se reserve la facultad de aprobar de manera previa cada subcontratista que el administrador delegado le presente con el fin de tener un control sobre las obligaciones que desarrollara cada uno con relación al objeto del contrato y los posibles daños que estos puedan generar a terceros.

#### **1.4 Control fiscal al contrato de obra pública por el reembolso de gastos y pago de honorarios.**

En esta clase de contratos, el contratista, con cargo a sus propios recursos, ejecuta las obligaciones a que se comprometió, y con la periodicidad acordada, la entidad estatal le va reintegrando los gastos comprobados y los honorarios causados, advirtiéndole que estos últimos se señalarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación del Gobierno Nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter legal de *“cuerpo consultivo del gobierno”*.

Como bien lo anotamos anteriormente, esta clasificación de los contratos de obra se estableció desde la expedición del Decreto 150 de 1976, y en tal sentido, resulta pertinente su remisión a esta norma. De esta manera, en dicho decreto los contratos de obra pública de conformidad con el objeto se presentaban de la siguiente manera:

ARTICULO 68. DEL OBJETO DE LOS CONTRATOS DE OBRA. Según su objeto, los contratos de obras públicas pueden clasificarse en tres grupos:

- 1o.) Para ejecución de estudios, planos, anteproyectos, proyectos, localización de obras, asesoría, coordinación o dirección técnica y programación;
- 2o.) Para construcción, montaje e instalación, mejoras, adiciones, conservación y restauración;
- 3o.) Para el ejercicio de la interventoría.

Así, en el decreto mencionado, eran contratos de obra los que tuvieran por objeto las consultorías que posteriormente en el Decreto 222 de 1983 se separó dicha distinción

separando los contratos de obra de los de interventoría.

Todo lo anterior, para indicar siguiendo los planteamiento del Tratadista Avaro Escobar Henrríquez, que el contrato de obra se constituye en una activa comercial *“sin embargo dado que la actividad de la construcción o ejecución de las obras es por definición legal del numeral 15 del artículo 20 del Código de Comercio una actividad comercial, destacamos el evidente contenido patrimonial de los contratos de obra”*.

Razón esta por la cual, no resulta concordante con lo establecido por la misma disposición en el inciso final del artículo 90, consistente en que *“los honorarios se fijarán de acuerdo con las tarifas que, con aprobación del Gobierno Nacional, establezcan las asociaciones profesionales que tengan el carácter de cuerpo consultivo del gobierno”*; es decir que los honorarios no pueden acordarse libremente entre las partes, presentándose contradicciones entre las normas del Código de Comercio con las del Decreto 150 de 1976.

De esta manera, el mismo autor plantea que *“las obras deben ejecutarse a los costos que real y efectivamente se encuentren en el mercado en el momento de su ejecución, obteniendo el constructor una utilidad o una perdida derivada existe entre los costos reales y los precios pactados. No es normal que una asociación profesional establezca cuáles han de ser los honorarios de un constructor, puesto que dentro del estado actual de las cosas, éste no trabaja para recibir honorarios, salvo cuando se contrata administración delegada, sino que adelanta una verdadera producción industrial a unos ciertos precios al cabo de la cual, obtendrá utilidades o pérdidas, como cualquier empresario, pero no propiamente unos honorarios”*.

En consecuencia, al no corresponder el concepto de honorarios en las actividades de construcción realizadas mediante el contrato de obra pública, no es acertada esta formula de pago para los contratos de obra pública que estableció el derogado Decreto 150 de 1976,

*“por que dicho estatuto legal consideró la consultoría como unas de las modalidades del contrato de obra”.*

## **2. Control fiscal y contrato de obra pública y de concesión de infraestructura con fase de pre-construcción, construcción y mantenimiento con entrega de estudios y diseños.**

Los contratos de obra pública y de concesión de infraestructura cuyo objeto y obligaciones implica la implantación de los diseños y estudios técnicos que le entregue al constructor la entidad pública, implica según la naturaleza del mismo lo siguiente:

- 1.- El contratista constructor de la obra pública recibe los estudios y diseños de la entidad pública contratante, quien antes de iniciar la construcción debe conocerlos, estudiarlos, apropiarlos, y hacer los ajustes, adaptaciones y complementaciones si el contrato lo permite, sino le observa a la entidad los problemas de diseños y la entidad se los devuelve al contratista debidamente ajustados.
2. El contrato de obra pública según las estipulaciones contractuales puede contener el periodo de preconstrucción que precisamente es el periodo de análisis y apropiación de los productos de consultoría en donde el contratista se prepara técnica y administrativamente para ejecutar la obra.
3. Luego de vencido el plazo y culminadas las actividades del periodo de preconstrucción, inicia el periodo de construcción que consiste en la implantación de los diseños, es decir, la ejecución o lo que es lo mismo la construcción de la obra.



4.- Si el contrato de obra pública comprende periodo de mantenimiento, este inicia una vez culminado el periodo de construcción.

5.- Si el contrato es de concesión de obra pública o de cualquiera otra infraestructura física tal como edificación, centros de recreación, infraestructura deportiva o de transporte cualquiera que sea su modalidad, también puede establecer el contrato que los estudios y diseños los entrega la entidad contratante.

6. Estos contratos de concesión de obras públicas comprenden tres periodos de preconstrucción para la apropiación de los estudios y diseños, de construcción para la implantación, ejecución y construcción de las obras, y de operación y mantenimiento para el funcionamiento de la obra pública acompañada de su mantenimiento respectivo. Esto implica que la operación es poner en funcionamiento el bien construido y ponerlo a cumplir su finalidad, esto es el aeropuerto, el terminal terrestre, el terminal fluvial o marítimo, la red vial etc.

El artículo 87 de la Ley 1474 de 2001, introduce el concepto de maduración de proyectos, para regular lo relativo a la obligatoriedad de las entidades públicas de contar de manera previa a la apertura del proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea la contratación directa con los estudios, diseños y proyectos requeridos y los pliegos de condiciones según corresponda, incluyendo los predios y su impacto social, ambiental y económico.

De allí, que cuando quiera que existan daños patrimoniales durante la celebración y ejecución de los contratos generados por insuficiencia predial, de estudios y diseños, así como de los estudios de impacto económico, ambiental y social, las entidades de control

fiscal no solo deben apuntar a los servidores públicos que contrataron, sino también los consultores e interventores de los mismos, que elaboraron los mencionados estudios, ya que la Ley 1474 de 2011 precisamente le asigna responsabilidad fiscal específica a estos consultores que por encargo de un contrato estatal tienen la obligación de resultados de diseñar, planear, presupuestar la obra pública, productos que recibe la entidad pública conforme al principio constitucional de buena fe, previsto en el artículo 83 Superior.

### **3. El control fiscal y contrato de obra pública y de concesión de infraestructura -llave en mano.**

El contrato de obra pública y el de concesión de obra pública puede negociarse bajo la modalidad de llave en mano, que consiste en ambos casos en que el contratista se presenta a la licitación con unos estudios técnicos precarios con un presupuesto de referencia, de tal manera que le suministre los insumos mínimos necesarios al oferente para que pueda presentar su oferta y celebrar el contrato.

Llave en mano implica que el contratista una vez celebra el contrato y firma el acta de inicio, debe proceder a realizar con fundamento en los insumos recibidos los estudios y diseños definitivos, así como el presupuesto, teniendo limitaciones en cuanto debe diseñar la obra con sujeción al presupuesto del contrato. Una vez aprobado el presupuesto del contrato y los diseños por parte de la entidad pública y el interventor, debe procederse a la implantación o lo que es lo mismo a la ejecución del contrato. El control fiscal para la ejecución del contrato debe realizarse teniendo en cuenta que si la concesión prevé la financiación con recursos privados en su totalidad, el control fiscal debe realizarse sobre los recursos invertidos y los recaudados teniendo en cuenta la remuneración del concesionario, esto es, que debe apuntar a todas aquellas actividades

que dilaten la reversión del objeto y finalidad de la concesión, evitando adiciones a las concesiones en plazo injustificada que encarece el servicio público en detrimento del patrimonio público, pues se deterioran los ingresos públicos por el lucro cesante que le genera el no recibir la concesión el término inicialmente pactado. El control fiscal debe partir, no solo de la inversión y del recaudo, sino también de la generación con la que se pacta la concesión, ya que no es lo mismo la reversión, la remuneración y el plazo en una concesión de primera generación, que en una concesión de cuarta generación en donde el plazo puede vencerse de manera anticipada teniendo en cuenta los ingresos esperados y recaudados con anticipación al plazo inicialmente previsto.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **EL PROCESO AUDITOR Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURAS DEL TRANSPORTE.**

El numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que *“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”*.

Según el marco jurídico del EGC, son muchas las variaciones de los servicios que pueden concesionarse por parte del Estado y a favor de los particulares cuyo fin es obtener la participación del capital privado para el cumplimiento de los fines del estado. *“Como lo ha sostenido la doctrina, esta definición es omnicomprendensiva, puesto que abarca una gran cantidad de diferentes opciones y actividades, tal y como quedó señalado. Además, en este contrato y a diferencia de lo que ocurre con el contrato de obra pública se confiere amplia facultad a las partes para pactar la remuneración que se considera elemento esencial del contrato”*.

La intervención del capital privado en proyectos que por naturaleza son de índole pública y que corresponde al estado asumir la inversión es los mismos, se sustenta a partir de la necesidad de los Estado de contar con la infraestructura necesaria que le perdiera general altos niveles de competitividad en los sectores productivos a través de la formulación de planes de obra y en especial los que tienen por objeto la infraestructura vial del país haciendo una administración más eficiente. Esta necesidad estaba dada en los mismos proyectos; es decir, estos proyectos de infraestructura denotan gran complejidad técnica como presupuestal y en esta última es donde se encuentra mayor dificultad la administración, pues estos proyectos generalmente sobrepasan las partidas presupuestales de la administración central y local, para la generación de infraestructura.

*La importancia de los proyectos de concesión de infraestructura de transporte, esta directamente relacionada con el impacto fiscal que se recibe el Estado en general con la impulsión de dichos proyectos. De esta manera, encontramos que al vincularse capital privado en las políticas públicas, permite “liberar recursos de inversión requeridos para otros sectores prioritarios”, igualmente coadyuva al mejoramiento de la gestión contractual de las entidades involucradas en los proyectos de concesión en los términos de la Constitución Nacional, haciendo necesario un mayor compromiso de los órganos de control de la administración haciendo de este un control eficiente que realmente contribuyente al cumplimiento de los fines del Estado. En este sentido, las contralorías*

*mediante el proceso auditor deben abogar por el cumplimiento de lo establecido primeramente por los planes de desarrollo y su concordancia con la política fiscal.*

*“De esta manera es posible desarrollar el proyecto sin agravar el peso de la deuda o del presupuesto nacional. Los recursos públicos quedan disponibles para la educación o la salud. La imagen del país, incluso su rating, se ven reforzado, permitiéndole tener un acceso menos costoso a los mercados de capitales y por ende atraer con mayor facilidad la inversión extranjera”.*

## **1. El contrato de concesión de infraestructuras del transporte en Colombia clasificadas en generaciones según la estructuración jurídica, técnica y financiera de cada proyecto concesional.**

Vemos el desarrollo que ha tenido en nuestro medio la formulación, implementación y evaluación de los proyectos concesionales viales, teniendo en cuenta las experiencias nacionales y territoriales, toda vez que *“En Colombia desde 1992, se inició un proceso de apertura a las licitaciones con el fin de entregar por el sistema de concesión algunos proyectos de la infraestructura vial del país, a los cuales contribuyó de manera definitiva la expedición de la Ley 105 de 1993, mediante la cual se dictaron disposiciones básicas en materia de transporte, se redistribuyeron competencias entre la nación y las entidades territoriales y se expidieron normas especiales sobre concesión para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial del país. A raíz de ello se consideró oportuno ejecutar los proyectos de construcción y operación del sistema vial, bajo el sistema de concesión”.* El concepto sobre lo que constituye infraestructura de transporte se encuentra determinado en el artículo 12 de la Ley 150 de 1993 *“por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”,* señalando que se entiende por infraestructura del

transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países (...).

Estos contratos se constituyen a partir de la asociación del Estado con los particulares estableciendo una relación contractual conformándose un partenariado público-privado. El partenariado público-privado es la expresión que se utiliza para indicar la relación contractual entre la administración y los particulares.

En el anterior orden de ideas, *“cualquier contrato entre una entidad pública y una empresa privada cada una de las partes busca sacar beneficios de la relación. La autoridad pública trata de maximizar la rentabilidad socio-económica de las inversiones públicas (es decir que la sociedad obtenga los beneficios máximos del proyecto, en relación con su costo). El operador privado por su parte, trata de maximizar sus utilidades (es decir la rentabilidad de los capitales invertidos)”*. Así mismo, *“el partenariado público-privado se basa en la búsqueda del mejor socio de largo tiempo para que aporte todo su know how y su capacidad de gestión con el fin de hacer funcionar un servicio o un equipamiento público. Este contrato se distingue de los contratos públicos de compra o de servicios porque: el concesionario toma a su cargo total o parcialmente la inversión; hay transferencia del concedente al concesionario de las obligaciones del servicio público; el contrato es de carácter único y se establece un vínculo entre la remuneración del concesionario y el resultado de su operación”*.

En Colombia mediante el artículo 30 de la ya mencionada Ley 105 de 1993, se estableció que *“La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial”*.

Así mismo, dejó establecido que *“para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes”* y *“los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión”*.

*“En Colombia, las concesiones viales se han distinguido, de acuerdo con la fecha de su otorgamiento, las vías nacionales objeto de las mismas y la estipulación de algunas cláusulas producto de la experiencia estatal en este tipo de contratos, en primera, segunda o tercera generación”* y una nueva como concesiones de cuarta generación y que a continuación expone las características de cada una de ellas.

Las concesiones en Colombia ha sido clasificadas en cuatro grupos, donde luego de las evaluaciones realizadas por el INVIAS, la Contraloría General de la República, El Departamento Nacional de Planeación y el CONPES, se convino en denominarles a cada grupo concesiones de primera, segunda, tercera y cuarta generación, según el periodo en que se implementó, sus características y las condiciones del negocio jurídico estructurado.

### **1.1 Concesiones viales de primera generación.**

Antes que indicar las características de cada una de ellas, es pertinente aclarar que la definición, objeto y alcance de cada una de las cuatro generaciones de concesión es el

mismo; en consecuencia, es común que mediante el contrato estatal de concesión, como bien lo establece el Consejo de Estado, *“se otorga a un concesionario la construcción, operación, explotación, conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público 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”*.

Los proyectos concesionales de la llamada primera generación nacieron en Colombia a partir del año 1994, principalmente con el objetivo de mejorar la infraestructura vial y en ese sentido se centraban en la rehabilitación y el mantenimiento de pequeñas vías de manera aislada que no hacían parte integrante de la red vial nacional, *“normalmente pequeñas variantes a ciudades”*; tal como está señalado en el documento Conpes 3045 de 1998, las concesiones de primera generación *“se enfocaron primordialmente hacia labores de rehabilitación y ampliación de calzadas, con excepción de la vía Bogotá-Villavicencio que consideraba obras de gran envergadura, y contemplaron carreteras aisladas que no tenían continuidad dentro de la red vial”*.

Así mismo, dicho documento establece que *“estos proyectos contaban con garantías ofrecidas por la nación tanto de ingreso mínimo como de sobre costos de construcción, debido a que el momento en que salieron las licitaciones no se tenía la totalidad de los estudios de ingeniería que demandaban que permitieran que el inversionista asumiera los riesgos. Adicionalmente, estas garantías no contaban un mecanismo que asegurara su liquidez, lo que ha ocasionado demoras en los desembolsos mientras se surten los trámites presupuestales.*

*Finalmente, la estructura contractual de los proyectos de primera generación no contempló algunos aspectos que eventualmente se presentaron, tales como sobre costos en compra de predios, problemas con las comunidades y problemas para realizar cobros de valorización”*.



En el mismo sentido, el Consejo de Estado expresó: *“lo cierto es que en esta etapa la administración estableció garantías de ingreso mínimo para atraer a los inversionistas. Sin embargo la experiencia en este tipo de contratación permitió constatar demoras en el desembolso de las garantías causadas, demoras en la aprobación de las licencias ambientales, cambios en los diseños inicialmente establecidos que originaron inversiones no previstas y mayores cantidades de obra, las cuales se imputaron a cargo de la Nación; cambios en el inventario predial como consecuencia de la variación en los diseños originales y retrasos en la adquisición y entrega de predios; problemas de concertación con las comunidades que provocaron el establecimiento de tarifas diferenciales y por consiguiente un impacto en el nivel de recaudo del concesionario que fue cubierto por la administración. En este tipo de concesiones la interventoría resultó muy limitada debido a la autonomía de la concesión y los proyectos en general tuvieron una distribución de riesgo considerada onerosa para el Estado, en especial lo relacionado con la garantía de tráfico que debió atender la Nación por efecto de las disminuciones en el que se había proyectado, las cuales resultaron muy cuantiosas”*.

Las concesiones de primera generación marcó un hito histórico para el desarrollo vial del país, ya que se logró la participación del sector privado de la construcción de infraestructuras del transporte y de la banca de inversión nacional y extranjera, y con ello se logró la aplicación de machismo de tecnologías de innovación en el sector transporte, generando con ello mayor competitividad y mejoramiento de calidad.

A esta primera generación de concesiones corresponden once proyectos nacionales y dos departamentales cuyo objeto principal era la realización de obras materiales de rehabilitación, ampliación y mantenimiento de vías a excepción de la Concesión Vial Bogotá Villavicencio. Con las concesiones de primera generación se construyeron 135 km de vías, se rehabilitaron 1008 Km, y se le realizó mantenimiento de 1332.3 Km entre 1994 a 1998, cuyo marco de referencia es el Documento CONPES 3045.

Estas concesiones de primera generación se negociaron garantía mínima de ingresos, el Invias garantizaba un tráfico mínimo por cada tramo concesionado, el plazo era fijo y la reversión se establecía en una fecha determinada para la entrega del corredor vial que sólo podía ser modificada mediante el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Los proyectos viales concesionados de primera genera generación fueron los siguientes:

- Cartagena Barranquilla, vial al mar.
- Concesión Girardot- Espinal-Neiva.
- Desarrollo Vial del Norte de Bogotá-Fontibón- Facatativá-Los Alpes.
- Concesión Santa Marta -Paraguachón.
- Los Patios, la Calera, Guasca, El Salitre, Sopó, Briceño.
- Bogotá- Cáqueza
- Bogotá, Puente el Cortijo, Siberia, La Punta-El Vino
- Operación malla vial del Meta.
- Operación Desarrollo del Oriente de Medellín y Valle de Rionegro.
- Operación Armenia, Pereira y Manizales- Autopistas del Café.

## **1.2 Concesiones viales de segunda generación.**

Sobre las características fundamentales de la segunda generación de concesiones, el Consejo de Estado ha expresado:

*“La segunda generación de concesiones de carreteras se concibió desde 1997 como continuación de un programa de mejoramiento vial que en principio estaba dando buenos resultados, el cual buscó*

*solucionar los problemas descritos, corrigiendo las equivocaciones que se identificaron en las concesiones de primera generación y desde luego con la idea de disminuir los aportes de la Nación, mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para adelantar los proyectos de concesión, puesto que al concesionario se le asignó la responsabilidad total por los diseños complementarios dentro de un esquema de distribución de riesgos más clara y sustentada. En esta generación el INVIAS debía entregar el 90 % de los predios y la licencia ambiental al concesionario previamente a la construcción. Se cambió el esquema de plazo fijo de la concesión, por un plazo variable donde lo que interesaba era un valor de ingreso acumulado para la Nación. En efecto, en este sistema se introdujo el concepto de ingreso esperado que es la estimación que hace el concesionario de los ingresos que le puede generar la concesión durante la ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles. Una vez que los ingresos generados son iguales al ingreso esperado por el concesionario se termina el plazo de concesión y la infraestructura se revierte al Estado. Si el nivel de tráfico es mas bajo que el esperado, el concesionario tardará más tiempo en recibir el ingreso esperado. El concesionario asume el riesgo comercial del proyecto debido a que el retorno de su inversión es variable y depende del tiempo que tarde en recibir su “ingreso esperado”.*

*El riesgo constructivo y el riesgo comercial fueron trasladados casi en su integridad al concesionario, y el plazo quedó sujeto al momento en que el concesionario obtuviera el nivel de ingreso esperado en el proceso de licitación en reemplazo del plazo fijo. Igualmente se modificó el mecanismo de adjudicación puesto que se puso a competir los aportes de la Nación y las garantías de construcción, tráfico y riesgo cambiario.*

*En la estructuración de los proyectos se contó con la participación de las bancas de inversión que a su vez colaboraron en la promoción de los mismos”.*

En esta etapa como en todos los proyectos concesionales, el control fiscal se ejerce con aplicación de todos los sistemas de control fiscal, de tal manera que se incluya el ejercicio de un *“control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”*.

Es importante resaltar que el concepto de ingreso esperado en estos contratos, no puede ser óbice para que las concesiones se tornen indefinidas en el tiempo, so pretexto de que el contratista tiene derechos contractualmente a la recuperación de la inversión. Para evitar tal circunstancia, es necesario que los estudios de tráfico se realicen en debida forma, de tal manera que en la estructuración del negocio no se establezcan condiciones de tráfico sobredimensionadas lo cual generará mayores riesgos para el Estado; pues el plazo aún cuando se haya pactado variable, su modificación debe obedecer a factores que en realidad afecten la planeación financiera del proyecto. Es decir, si lo que sucede en realidad no es una disminución del tráfico, sino que se demuestra es un indebido calculo del trafico promedio, ese riesgo no puede ser asumido por la administración concedente sino por el concesionario, de lo contrario por resultar un posible detrimento patrimonial, pues la infraestructura que debe ser revertida al Estado en el plazo estipulado en el contrato, habiendo terminado jurídicamente la relación contractual quedando solo pendiente la liquidación del contrato respectivo.

*“Por otro lado, estos proyectos, que fueron concebidos bajo criterios de ingeniería y financieros, realizan toda la inversión requerida para el periodo de concesión durante los primeros tres años, lo cual genera presiones fiscales y obliga a altos niveles de endeudamiento, con el consiguiente impacto en las tarifas. Por esto se hace necesario enmarcar el desarrollo de nuevos proyectos dentro del entorno económico actual, optimizando las obras de acuerdo a las condiciones de tráfico reales y realizando las inversiones en los lugares y en los tiempos que los niveles de tráfico requieran”*. (Negrilla es nuestra).

Así mismo, el control fiscal puede ser ejercicio sobre puntos específicos como pueden ser a los estudios de tráfico, como ya la habíamos señalado, a la gestión predial del proyecto y a los plazos contractuales para la misma, las licencias ambientales. Del mismo modo, tenemos que es posible ejercer un control fiscal sobre el contrato en general en su etapa de formación mediante el control de advertencia sobre la claridad y transparencia del clausurado del contrato y la estructuración del negocio en general, a la asignación de los riesgos en el proyectos de conformidad con la normatividad aplicable y las políticas públicas adoptadas por la administración sobre el manejo de riesgos.

Otro aspecto de gran importancia y punto de control fiscal, es el manejo presupuestal que se le otorgue al proyecto, teniendo en cuanto que por ser contratos a ejecutarse en varias vigencias fiscal, es necesario que las concesiones cuenten con las vigencias futuras debidamente aprobadas por la autoridad competente de tal manera que se garantice mediante esta figura presupuestal los fondos suficientes que debe aportar el Estado para la debida ejecución del proyecto.

De esta manera, se garantiza que no se pacten en estos contratos garantías de ingresos altas e ilimitadas, que el Estado asuma por completo la deuda del proyecto, pues desnaturaliza el contrato de concesión y que los plazos de concesión se aumente desmedidamente sin obedecer a una causa justa, pues que el plazo pueda ser variable no significa que pueda ampliarse de manera caprichosa por las partes.

La segunda generación de concesiones en Colombia estuvo orientadas a la construcción de segundas calzadas de acceso a las principales ciudades del país y la construcción de vías de alto tráfico, rehabilitación y mantenimiento de las existentes, teniendo como marco de

referencia el documento CONPES No. 2775 de 1995.

La segunda generación de concesiones viales se estructuraron teniendo en cuenta los problemas que se presentaron en las concesiones de primera generación. Se introdujo el concepto de transferencias de riesgos al sector privado para lo cual se buscaron estudios de ingeniería definitivos, estudios de demanda de tráfico con mayores precisiones técnicas, la obtención de los predios y de las licencias ambientales por parte de concesionario, así como se contrataron bancas de inversión para la estructuración de proyectos viales. En esta etapa el CONPES introdujo el concepto de plazo variable, de tal manera que la concesión revierte a la Nación el proyecto en el momento en que se obtenga el ingreso esperado solicitado por el Concesionario en la propuesta u oferta presentada en la licitación pública correspondiente.

A la segunda generación pertenece solo dos proyectos, el primero la Concesión El Vino, Tobía Grande-Puerto Salgar -San Alberto, contrato de concesión que le fue declarada la caducidad administrativa; y el segundo la concesión de la Malla Vial del Valle del Cauca.

### **1.3 Concesiones viales de tercera generación.**

Es importante señalar, que en los contratos de concesión de tercera generación, la administración pública, se comprometía a entregar la totalidad de los estudios y diseños, lo que implica que en esas circunstancias el riesgo de predios es de la Entidad Pública concedente, debiendo asumir los costos que impliquen los ajustes de los diseños, complementaciones, adaptaciones, cambios por conveniencia del proyecto. Su documento Conpes corresponde al 3045 que establece el programa de concesiones viales de 1998 a 2000.

*“En las concesiones de tercera generación los proyectos eran aún más ambiciosos. Se pretendía la construcción de obras que pusieran al país en posibilidad competir con los mercados internacionales”. “Los procesos de concesión de tercera generación, están dirigidos a la ejecución de grandes corredores viales que deben conectar los grandes centros productivos, que se encuentran en el centro del país con los puertos, de modo que dicho corredor integre los principales centros de consumo con los centros de producción y éstos a su vez con los puertos”.*

Igualmente, en estas concesiones a diferencia de las dos anteriores, en donde se establecía la garantía de ingreso mínimo, se optó por introducir el término de ingreso esperado para el cálculo de la tasa interna de retorno, el cual se hace a partir de los estudios de demanda y no de estudios de tráfico *“para lo cual se deberá tener en cuenta el PIB, el ingreso, las condiciones socio económicas, exportaciones y producción petrolífera”.*

La anterior particularidad de los contratos de concesión de tercera generación, produce un punto de control teniendo en cuenta que los plazos de los contratos están determinados por la cláusula de ingreso esperado y en consecuencia, una vez es obtenido el ingreso esperado por el concesionario esta circunstancia se traduce en una causal de terminación del respectivo contrato; de tal manera que los ingresos adicionales que se obtengan serán considerados como dineros pertenecientes al erario público. En ese sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha establecido que:

*“En Colombia, las concesiones viales se han distinguido, de acuerdo con la fecha de su otorgamiento, las vías nacionales objeto de las mismas y la estipulación de algunas cláusulas producto de la experiencia estatal en este tipo de contratos, en primera, segunda o tercera generación. Esta clasificación no es de orden legal, sino que obedece a políticas gubernamentales para la planeación y el desarrollo de los principales proyectos viales del país.*

*En la consulta se indica que en los contratos de concesión de tercera generación, se pactan dos variables o condiciones jurídicas aplicables consecucionalmente:*

*1) La primera establece que si el concesionario obtiene el ingreso esperado dentro del plazo estipulado, en ese momento se produce la terminación del contrato de concesión.*

*2) Y la segunda, que al vencimiento del plazo, el contrato se termina, independientemente de que el concesionario haya obtenido o no el ingreso esperado.*

*Estas variables son consecuenciales, lo que significa que si la primera se presenta, es decir, la obtención del ingreso esperado, el contrato se termina y no hay que esperar hasta el vencimiento del plazo; pero si la primera no ocurre, sí es necesario que se dé la segunda, es decir, el cumplimiento del plazo fijado, para que el contrato termine.*

*En otras palabras, el contrato finaliza cuando se alcance el ingreso esperado por el concesionario o cuando llegue el vencimiento del plazo, lo que ocurra primero.*

*El primer interrogante que plantea la consulta, consiste en determinar si una vez concluida la obra y obtenido el ingreso esperado por el concesionario antes del vencimiento del plazo, el contrato puede seguir en ejecución y si con los ingresos adicionales que reporte, se pueden realizar obras adicionales, formalizando una adición al valor, sin el límite del 50% del valor inicial, establecido por el párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993.*

*En este evento se advierte claramente que cuando el concesionario alcanza el ingreso esperado, el contrato de concesión termina y se debe proceder a su liquidación, de conformidad con lo dispuesto*



*por los artículos 60 y 61 de la ley 80 y 36 de la ley 105, ambas de 1993.*

*No es viable jurídicamente continuar con la ejecución del contrato, sencillamente porque éste ha terminado. Se ha configurado una causal de terminación pactada en el contrato, cual es la obtención del ingreso esperado, y por lo tanto, cesa la ejecución del mismo, quedando pendiente tan sólo el trámite de su liquidación.*

*El objeto del contrato y sus obligaciones se han cumplido, de ahí que continuar su ejecución sería ilegal, en la medida en que, de acuerdo con lo estipulado, la relación contractual jurídicamente ha concluido.*

*La obra contratada se ha realizado y por lo tanto, si se requiere hacer otras obras, habría que celebrar un contrato para el efecto, mediante los procedimientos establecidos, que contemple este nuevo objeto.*

*El concesionario ha recuperado su inversión, o como dice, el parágrafo 3° del artículo 30 de la ley 105, ha obtenido el retorno del capital invertido y corresponde ahora al Estado recuperar también su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión, conforme lo establece la misma norma.*

*Por consiguiente, no hay ingresos adicionales a la concesión, ni se debe suscribir una adición al valor de ésta, pues ya ha concluido y los ingresos nuevos que se deriven de los peajes de la vía que era objeto de la concesión, deben corresponder normalmente al Estado.*

*Tales ingresos de peajes ya no están destinados al concesionario, pues éste obtuvo el ingreso esperado, sino que hacen parte del erario público y en su calidad de tasas, deben tener el tratamiento*

*presupuestal de ingresos no tributarios, comprendidos dentro de los ingresos corrientes del presupuesto de rentas de la entidad ( art. 27 decreto 111 de 1996)''.*

Los contratos de concesiones viales de tercera generación se celebraron con los siguientes criterios:

- Concepción de los proyectos bajo criterios de corredores de carga que se concretaban en centros productivos con los de consumo y los puertos.

- Concepción de los proyectos bajo criterios de operación, que busca la optimización de la operación, que se concreta en la maximización de beneficios como la reducción de accidentalidad, reducción de tiempos de viaje, reducción de consumo de energía y de costos ambientales. la obras se van realizando de manera gradual en la medida en que incremente el tráfico de vehículos lo que garantiza la liquidez del proyecto.

- Evaluación de las alternativas de proyecto bajo criterios económicos y ambientales de operación.

- Distribución de los aportes de la nación en el mediano y largo plazo. Con ello se busca la minimización de los aportes estatales dentro de la estructura financiera de la concesión con el fin de disminuir el impacto fiscal de los mismos.

- Incorporación de criterios económicos y de tráfico en la estructuración de los proyectos.

-Incorporación de criterios novedosos en la estructuración de los proyectos con el fin de lograr la financiabilidad de las concesiones y el fortalecimiento del mercado de capitales.

-Fortalecimiento de la gestión en negociación con las comunidades,

-Fortalecimiento de la gestión en valorización y compra de predios.

-Fortalecimiento del Seguimiento y Control.

#### **1.4 Concesiones viales de cuarta generación.**

Los contratos de concesión de cuarta generación surgen con el Documento CONPES 3413-Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014, implica la adopción contractual de una matriz especial de riesgos, en tanto los conceptos de tipificación, identificación de riesgos se asocian a la individualización y definición de cada uno de los riesgos durante la concepción y estructuración del proyecto concesional, los riesgos durante la fase precontractual, los riesgos durante la ejecución del contrato, esto es durante la elaboración y definición de diseños y estudios previos, autorizaciones administrativas, construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación, y durante la fase postcontractual. Todo para indicar que en la matriz de riesgos una vez considerados la tipificación e identificación, pasamos a la fase de distribución y asignación de riesgos, donde los principales riesgos tales como de estudios previos, autorizaciones administrativas, de diseños, de construcción, rehabilitación, mantenimiento, de operación, de financiación de retorno de la inversión los asume el concesionario. Esto es, que se produce un desplazamiento de la asignación de los riesgos de la administración concedente al

concesionario, de tal manera que el contratista incluso pacta la cláusula de ingresos esperados, en donde el plazo de la concesión está determinado no por un periodo fijo, sino por el comportamiento de la cláusula de remuneración y del retorno de la inversión, de tal manera que a medida que va recibiendo ingresos por encima de lo mínimo pactado debe acelerar la construcción y operación del proyecto, y la finalización del plazo está determinado por un periodo máximo y uno inferior, en donde el inferior está sometido a al alea de los ingresos esperados superiores al mínimo pactado.

Por último, es importante señalar que de conformidad con la Ley 1150 de 2007, la Administración puede adicionar hasta en un 60% del plazo inicial las concesiones, esto es, previo concepto favorable del CONPES, pero debe tenerse en cuenta que la norma solo señala esta posibilidad, y ninguna otra ley reglamentaria, como tampoco la jurisprudencia ha sido abundante sobre la materia, señala requisitos adicionales. Lo que genera una gran incertidumbre en la aplicación de la norma, en la medida que una vez perfeccionadas las adiciones, su examen está sometido no solo al control político de los concejos municipales y distritales, asambleas departamentales y el Congreso de la República, sino también al examen de las Contralorías respectivas, de la Procuraduría General de la Nación y de los fiscales y jueces penales, como también sujeto a los cambios de Gobiernos y administraciones, en donde éstos últimos consideran que todo lo pasado está mal.

Es allí, donde el país reclama la mayor seguridad jurídica en los procedimientos, requisitos previos, autorizaciones previas, pero también una reglamentación que fije el ámbito de competencias de los organismos de control, para evitar coadministraciones que ante los vacíos legales o falta de reglamentación, impiden la aplicación de la herramienta en los casos donde las necesidades públicas lo exigen, o para evitar interpretaciones posteriores de cada órganos de control los servidores públicos se acogen el principio fáctico de no actuar

para evitar investigaciones en el escenario del derecho sancionatorio.

De allí, que el escenario de las renegociaciones de las concesiones como le llaman a las adiciones en plazo, hoy implica el mayor riesgo para el servidor público, por lo que se sugiere que mientras se expide una reglamentación clara, con requisitos enlistados, pero también que regule no solo los requisitos formales sino también los sustanciales, las justificaciones, el contenido de las mismas, lo prudente es que las Administraciones Públicas lo hagan con revisión y aprobación previa de todos los órganos de control, guardando la previsión que igualmente existe la incertidumbre jurídica que cuando hay cambios de los titulares de los órganos de control, el que llega en ocasiones cambia de posición, y si el ordenamiento jurídico lo permite revoca las providencias de los anteriores, y en ambos escenarios los servidores públicos quedan en la mayor incertidumbre jurídica.

Los proyectos de concesiones viales de cuarta generación conocido como programas de autopistas son la Autopista de la montaña, la Vía al mar, la marginal del caribe y arterias de mi llanura, y ruta del solo que proyecta conectar Bogotá con Santa Marta en diez horas. El proyecto permite la conexión de los tramos Medellín-Bello-Cisneros-Puerto Berrío que se unirá a la Ruta del Sol y el trayecto Medellín-Primavera-Bolombolo-La Pintada; Vía Valle del Aburrá-Golfo de Urabá. El corredor conectará a Medellín-Santa Fe de Antioquia-Turbo-Necoclí; Vía que conectará a Sincelejo-Tolú-San Onofre-Cruz del Viso-Carmen de Bolívar. También se conectará a Barranquilla-Santa Marta-Cartagena-Riohacha-Paraguachón, proyectos que no contempla la construcción de doble calzada, sino solo la rehabilitación de mas de mil kilómetros de vías. Rehabilitación de la vía existente Puerto Salgar-Bosconia, Bosconia-Valledupar, Bosconia-Carmen de Bolívar, mejoramiento y duplicación de la calzada de Puerto Salgar y de Ciénaga, Bosconia Valledupar, Construcción de corredor nuevo Villeta el Korán; operación y mantenimiento Puerto Salgar

y de Ciénaga; Carmen de Bolívar-Bosconia, Bosconia-Valledupar y Villeta el Korán.

### **1.5 Control fiscal durante la etapa precontractual de preparación, concepción o formación del contrato.**

Ya habíamos expresado con anterioridad que de conformidad con el artículo 65 de la Ley 80 de 1993, la intervención de las autoridades que ejercen el control fiscal, se surtirá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos, de tal manera que las contralorías en ejercicio de sus funciones, durante esta etapa se encuentran limitadas al ejercicio del control de advertencia o función de advertencia sobre los posibles riesgos para el Estado con el proceso de selección del contratista que puede resultar lesivo a los intereses patrimoniales del Estado o por que los procedimientos administrativos no se ajustan al principio de legalidad contractual en desmedro de la moralidad administrativa.

De esta manera, tenemos que el control fiscal a la etapa de precontractual o de concepción de los proyectos de infraestructura vial, tal como lo establece la norma en comento, debe incluir *“un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”*.

Dicho control en el contrato de concesión especificadamente en su primera fase, debe basarse en los criterios para la concepción del proyecto, de tal manera que estos estén encaminados en maximizar los beneficios del sistema de concesión logrando altos niveles de beneficios de sistema de infraestructura vial del país de conformidad con la demanda de tráfico generando para los usuarios menores costos en su utilización y para el Estado menores costos en su construcción; es decir que el beneficio del proyecto sea en mayor proporción frente a los costos del proyecto.

Así mismo, debe evaluarse los estudios de impacto ambiental del proyecto concesional de tal manera, *“que los trazados definitivos para la construcción de nuevas obras de infraestructura estén en el punto de equilibrio donde se den los mínimos costos económicos, se garantice la mejor operación de la vía, reflejada en su máximo nivel de servicios, y el nivel de susceptibilidad ambiental sea el más bajo”*.

En cuanto estructura financiera del proyecto, el control que se realice sobre este punto es trascendental; pues de él dependerá la acogida del negocio en los posibles oferentes. Recuérdesse, que las concesiones son por excelencia un negocio financiero en donde el sector privado juega el papel más importante ya que de su inversión dependerá el éxito del negocio.

En el mismo sentido, debe brindarse especial atención como punto de control a la conformación del negocio fiduciario mediante el cual el concesionario realizara la administración de los recursos del proyecto de tal manera que se garantice liquidez en la concesión para de esta manera asegurar la ejecución de las obras. Esta fiducia estará compuesta por los recursos provenientes del sector privado y aquellos que aporte el Estado de conformidad con lo previsto en el contrato. *“Las cláusulas financieras del contrato tendrán una importancia muy particular. Establecerán o permitirán determinar las tarifas y sus modalidades de revisión así como los flujos financieros entre la entidad pública y la empresa privada (en los dos sentidos)”*.

#### **1.6 Control fiscal durante la etapa contractual o de ejecución del contrato.**

Las obligaciones pactadas en el contrato de concesión a cargo del concesionario, presuponen una obligación de resultado, y en tal sentido se debe alcanzar el objetivo propuesto consistente en la construcción de la infraestructura. Durante la etapa contractual

entonces, la parte privada debe lograr la construcción de las obras requeridas en virtud del objeto del contrato.

Durante esta fase, deben surtirse una serie de etapas para lograr el objeto del contrato y el adecuado funcionamiento del negocio financiero, que a la vez se convierten en puntos de control.

Entonces durante esta fase, encontramos una etapa de preconstrucción concebida como aquella mediante la cual el contratista e interventor se apropia de los diseños de la obra y durante un periodo acordado entre el concedente y el concesionario se deben cumplir con unas obligaciones antes del inicio de las obras.

Es así, como el concesionario durante este periodo debe hacer una revisión y proponer los ajustes técnicos necesarios para el diseño de las obras. Sobre este punto es común que los entes de control fiscal, en una concepción errada, establezcan que aquellas modificaciones introducidas en los diseños originales en las obras afectan el principio de planeación contractual y evidencian improvisación en la ejecución del proyecto.

Por el contrario, estas modificaciones, sólo constituyen unos cambios muy precisos de construcción y en los parámetros de los diseños que en nada interfiere con la debida ejecución del proyecto. Pero también debe observar, que el concesionario adquiere para con la entidad pública una obligación de resultado y en virtud de tal obligaciones le asiste el deber de proponer las modificaciones que sean necesarias para lograr el cumplimiento del objeto del contrato escogiendo el concesionario que el responsable de la ejecución de la obra el método que más efectivo resulta para tal fin, método que debe contar con la aprobación de la interventoría del contrato.



Igualmente, los entes de control durante esta fase les corresponde ejercer el control fiscal ambiental, haciendo revisión de las licencias ambientales y del plan de manejo ambiental, de tal manera, que si los hechos son constitutivos de delitos el funcionario público deberá colocarlos en conocimiento de la autoridad competente acompañado de los documentos necesarios, sin perjuicio de las acciones, contractuales y civiles ante las autoridades de policía ambiental competentes.

Durante la etapa contractual, tenemos también como punto de control, el manejo sobre la gestión predial del proyecto, que de conformidad con las estipulación del contrato y la estructuración del negocio, la gestión predial puede estar totalmente a cargo de la entidad contratante o puede delegarse al concesionario el proceso de gestión predial en la etapa de enajenación voluntaria e indemnización haciendo un control al monto de los avalúos e indemnizaciones el cual se tratará en un capítulo aparte. Otra actividad a realizar durante esta fase, corresponde a la creación de la fiducia para que administre los recursos del proyecto y estructure los pagos por parte del concesionario.

Una vez surtida la verificación sobre las anteriores etapas, el control se puede entrar a enfocarse sobre la realización de los obras en particular. Y sobre este aspecto hay que indicar que las autoridades de control a demás del control de legalidad sobre las actuaciones contractuales, también se deben verificar el cumplimiento de las estipulaciones de la concesión.

Es así, como se debe hacer una verificación por parte de la entidad, la interventoría y de manera posterior o mediante el ejercicio del control de advertencia, de las tecnologías utilizadas para la realización de la obra, de la maquinaria y equipos utilizados, riesgo que

debió asumir el concesionario y obligación que debe cumplir de conformidad con el contrato. La tecnología que se utilice en el proyecto debe ser aquella prevista en los pliegos de condiciones y a la que el concesionario se comprometió a utilizar y que permitirá el desarrollo de la obra en los términos del contrato; pero sin dejar de lado que durante el desarrollo de la obra el ente de control fiscal debe velar por el cumplimiento de las licencias ambientales y el plan de manejo ambiental.

#### **1.6.1. Control fiscal durante la etapa de operación del contrato de concesión.**

Los proyectos de concesionales viales, se diseñan para que una vez se inicie la ejecución del mismo se instalen los peajes para el cobro de la remuneración anticipada del contratista, que ingresan como flujos financieros positivos de los haberes de la concesión, pero además la fase de preconstrucción, construcción, rehabilitación y mantenimiento se hacen de manera simultánea, esto es, que al tiempo que se avanza en construcción se va poniendo al servicio de los usuarios la vía, se va haciendo el mantenimiento y la rehabilitación respectiva. *“Uno de los rasgos característicos del contrato de concesión es el derecho de explotación que se le otorga al contratista privado, una vez este termine la obra, como contra partida de la construcción de la misma”. “Como lo ha anotado la doctrina que existe sobre la materia, la eficacia jurídica del plazo pactado de duración del contrato permite la amortización de la inversión, por cuanto como es de la naturaleza del contrato, todo concesionario actúa por cuenta y riesgo propio, y como quiera que ha destinado un conjunto de bienes y elementos para llevar a cabo el objeto del contrato, tiene que amortizar el capital durante el término de la concesión o incluso antes, según ocurra la reversión o la transferencia”.*

La etapa de operación, es aquella mediante la cual el concesionario va a obtener la recuperación de la inversión de la obra, para lo cual debe observarse lo establecido por el inciso 2º del artículo 30 de la Ley 105 de 1993; es decir, se va hacer mediante el

establecimiento de peajes y/o valorización, y *“la fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes”*.

La fase de operación del contrato de concesión es un punto importante de control fiscal, pues durante ella y el plazo restante de la concesión, el concesionario va a percibir el ingreso presupuestado para sufragar los gastos de construcción, operación, administración, de mantenimiento de la obra y la tasa interna de retorno de conformidad con los cálculos del ingreso esperado. De esta manera, el ingreso esperado lo obtendrá de conformidad con el cobro de la contribución de valorización exclusivamente, o del establecimiento de peajes exclusivamente o de ambas. Al respecto el Consejo de Estado, sobre las formas de recuperación de la inversión precisó que *“Al existir ese inevitable vínculo entre el contrato de concesión de una obra, vial y la financiación de la misma, y por ende, a remuneración del concesionario, con recursos provenientes de la contribución de valorización, o lo que es lo mismo, al fijarse como fórmula para la recuperación de la inversión del concesionario el pago de valorizaciones, necesariamente, y por mandato legal, deberá dicha fórmula quedar establecida en el contrato de concesión, lo cual es consecuencia de ese inevitable vínculo a que se ha hecho mención.*

*De todo lo anterior se concluye que si no se previó en el contrato de concesión como fórmula de recuperación de la inversión del concesionario, en forma total o parcial, el recaudo de la contribución de valorización, la obra pública que se ha de ejecutar mediante el sistema de concesión no puede ser objeto de contribución de valorización, pues si tal gravamen no se acordó con el objeto de remunerar al concesionario, no puede ser tenido el recaudo de dicho gravamen como fórmula para recuperación de la inversión, se repite, ya que se contraviene el inciso segundo del artículo 30117 de la Ley 105 de 1993, pues de otra parte, dicha fórmula resulta de obligatorio cumplimiento para las partes”*.

#### **1.6.2 El control fiscal durante la etapa de rehabilitación y mantenimiento del**

## **contrato de concesión.**

La etapa de mantenimiento en si misma, no difiere en el tiempo de la etapa de operación o de explotación económica, pero en esta fase se quiere señalar la obligación del concesionario de mantener, reparar y preservar la infraestructura en su estado óptimo de operación. De esta manera, *“La obligación de mantener la obra empieza a ser exigible desde la etapa de construcción hasta la finalización del contrato, momento en el cual la administración recibe materialmente la obra construida y verifica el estado de la misma, cerciorándose de que se cumplan con las condiciones previamente pactadas. Durante el tiempo que dura la etapa de mantenimiento, el concesionario está en la obligación de garantizar que las obras realizadas cumplan idóneamente con su propósito”.*

De esta manera, tenemos que durante esta fase de la concesión un control de gestión y de resultados es el mecanismo de control fiscal para vigilar el estado de la infraestructura contratada mediante el sistema de concesión, es así como se establece la obligación de concesionario de realizar todas las labores de mantenimiento que la obra requiera no solo como obligación contractual sino también como necesidad del concesionario de mantener en perfecto estado la infraestructura para que la demanda de la misma no disminuya.

## **2. El control fiscal a la fase postcontractual en especial a la cláusula de reversión.**

Durante la etapa postcontractual del contrato de concesión, esto es una vez vencido el término de explotación económica de la obra, cobra gran importancia la cláusula de reversión. La cláusula de reversión, de conformidad con el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta

deba efectuar compensación alguna.

En el Código Civil colombiano, encontramos como antecedente una referencia a lo que es la cláusula de reversión que no fue codificada como tal pero que tiene los mismos efectos que el artículo 19 de la Ley 80 de 1993, al respecto, el artículo 682 de CC establece la reglamentación de los derechos sobre las construcciones realizadas en bienes públicos de la siguiente manera: *“sobre las obras que con permiso de la autoridad competente se construyan en sitios de propiedad de la Unión, no tienen los particulares que han obtenido este permiso, sino el uso y goce de ellas, y no la propiedad del suelo. Abandonadas las obras o terminado el tiempo por el cual se concedió el permiso, se restituyen ellas y el suelo, por el ministerio de la ley, al uso y goce privativo de la Unión o al uso y goce general de los habitantes, según prescriba la autoridad soberana. Pero no se entiende lo dicho si la propiedad del suelo ha sido concedida expresamente por la Unión”*.

Esta cláusula, se entiende incorporada a todos los contratos de concesión aún cuando no se encuentra expresamente pactada en ellos, de tal manera que se constituye como una cláusula de aquellas consideradas de la esencia del contrato de concesión. Entonces el control fiscal posterior que se ejerza va a tener incidencia directa en la cláusula de reversión que se pacte en contrato.

La cláusula de reversión, implica el deber de realizar por parte de la administración al momento de recibir los bienes que se le van revertir, el inventario detallado de toda la infraestructura, del estado en que se encuentra, el tipo de mantenimiento que se le ha hecho al mismo, el manejo que se le ha dado a la obra durante el periodo de la concesión, de tal manera, que una vez transferidos los bienes al Estado la administración pueda exigir de conformidad con el inventario y las cláusulas del contrato donde se especifiquen las obligaciones del concesionario, el deber de este de reparar o rehabilitar la infraestructura

que no cumpla con las condiciones de calidad y estabilidad estipuladas en el contrato.

Así mismo, para efectos de ejercer un adecuado control sobre el contrato de concesión es del caso precisar sobre la cláusula de reversión que lo común es que esta se pacte pura y simple y que se ejecute de esta manera; es decir, que se dé una reversión sin compensación alguna, el cual es el espíritu de la norma que consagra esta cláusula, que resulta concordante con la cláusula del plazo y de remuneración del contrato.

No obstante, puede suceder que por diversas circunstancias no sea posible realizar una reversión pura y simple, pues sin importar que el negocio que se haya convenido se financiará con recursos provenientes tanto del sector privado como del sector público o que se financiará con aportes ciento por ciento del sector privado, es posible que la concesión termine anticipadamente afectando el plazo de la misma y la posibilidad de recuperación de inversión por parte del concesionario, lo cual obligaría a la administración a que se realice la reversión mediando la indemnización al concesionario.

### **3. El contrato de concesión por iniciativa privada: la licitación provocada.**

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia, establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero que debe ser ejercida dentro de los límites del bien común, estableciendo además que para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. De conformidad con la interpretación constitucional, este derecho *“constituye piedra fundamental de un sistema capitalista en el cual las personas pueden desarrollar cualquier tipo de actividad lucrativa de acuerdo a sus preferencias o capacidades”*, estableciendo de esta manera que el derecho consagrado en este artículo es un

derecho de carácter fundamental pero que *“debe ejercerse dentro de los límites de la Constitución y la ley”*.

Esta disposición constitucional, fue desarrollada por el EGC, estableciendo en el párrafo segundo del artículo 32 que *“las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta ley. Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30”*.

Sobre la posibilidad de presentar iniciativas de proyectos de interés público a la administración que se estableció en la Ley 80 de 1993, sólo hasta la expedición del decreto que reglamenta la norma legal, se le dio aplicación a la posibilidad de la presentación de iniciativas privadas para el diseño, operación y mantenimiento de una obra pública a través de un contrato de concesión.

De conformidad con la anterior, el gobierno nacional mediante el Decreto 4533 del 28 de noviembre de 2008 *“por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el párrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”*, reglamentó la presentación de ofertas por iniciativas privadas entendiéndose por tales, *“los proyectos presentados por personas naturales o jurídicas, consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad futura, o cualquier otra modalidad de asociación*

*prevista en la ley, a una entidad estatal concedente para el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de una obra pública a través de un contrato de concesión”, que contendrán como mínimo los siguientes requisitos:*

1. La relación y descripción de las obras e infraestructura a construir.
2. El valor estimado de las mismas, así como de las actividades de administración, operación y mantenimiento.
3. La descripción detallada de las etapas del proyecto y el cronograma tentativo de obras.
4. Los estudios de prefactibilidad financieros, técnicos, jurídicos, prediales y de cualquier otra índole que sean necesarios y suficientes para sustentarla, incluyendo como mínimo los modelos financieros y la descripción de las obras.
5. La evaluación del impacto ambiental y social del proyecto.
6. Las condiciones financieras, técnicas y jurídicas de la oferta de iniciativa privada, incluyendo la remuneración del contratista, las fuentes de recursos y los aportes y garantías estatales requeridas, si es del caso.
7. La identificación y análisis de los riesgos previsibles asociados al proyecto.
8. La explicación de los beneficios económicos y sociales del proyecto, y de la forma como éste se adecua a los planes de desarrollo.



9. Una presentación completa de la experiencia y la capacidad financiera del oferente.
10. El valor de los estudios realizados, estimado de conformidad con criterios objetivos de valoración de estudios y con precios de mercado.
11. En caso de que la oferta de iniciativa privada involucre un contrato de concesión en ejecución, incluirá la valoración de que trata el artículo 2 del presente decreto.

*Así mismo, “en la oferta deberá indicarse con precisión quién o quiénes integran las personas oferentes, cuál es su capacidad jurídica y financiera y su experiencia técnica y, en el caso de ser un oferente plural, constituido por más de una persona natural o jurídica, cuál es la modalidad de asociación y la participación que cada una de ellas tiene en la oferta”; esta información deberá presentarse en el formato y condiciones que establezca la entidad estatal concedente.*

Una vez presentada la oferta de iniciativa privada, la entidad estatal contará con un término de tres (3) meses para hacer un estudio de la oferta presentada, además de estos la norma establece que dentro de los tres (3) meses siguientes a los anteriores, se realizará las validaciones y estudios complementarios que sean necesarios para determinar si la oferta es viable o no y podrá también solicitar al oferente de iniciativa privada la realización de estudios adicionales y la aclaración o la entrega de la información complementaria que requiera para tal propósito. En este caso, si el oferente de iniciativa privada no entrega la información y estudios adicionales solicitados por la entidad estatal concedente, se entenderá que desiste de su oferta. No obstante, estos términos pueden ser suspendidos por la entidad estatal cuando se requiera por cuenta de ésta, de un mayor tiempo para estudiar la viabilidad del proyecto.

Una vez realizado el anterior estudio de validación de la información, financiero, técnico y jurídico, la entidad estatal debe calificar la oferta de una de dos formas: la primera, que la oferta no es viable, caso en cual deberá notificárselo por escrito al oferente y la oferta será devuelta al oferente junto con todos los estudios y demás documentos que hayan sido entregados por éste; y la segunda, *“que la oferta es viable, evento en el cual la administración notificará al oferente de iniciativa privada la viabilidad del proyecto y podrá proceder a adelantar el proceso de selección del concesionario mediante la modalidad de licitación en los términos contemplados en el artículo 30 de la ley 80 de 1993, numerales 2º y siguientes, y en los artículos 10 Y siguientes de este decreto y en las demás normas legales y reglamentarias aplicables”*. En este último evento, tal manifestación por parte de la entidad estatal concedente, no le genera la obligación de dar apertura del proceso de selección.

Las ofertas de iniciativa privada, no son inmutables y en consecuencia siempre que no introduzcan cambios sustanciales en el alcance y sus características no perderán su condición de iniciativa privada, de lo contrario, la administración deberá estructurar un nuevo proyecto y seleccionar un concesionario conforme lo ordena el EGC y la Ley 1150 de 2007. Del mismo modo, se podrá por parte de los participantes en el proceso de selección que se abra proponerse alternativas y excepciones técnicas y económicas, pero debe tenerse cuidado por parte de la administración que tales proposiciones no constituyan condicionamiento para la adjudicación de la concesión que desconozca los principios de selección objetiva y libre competencia.

Para la elaboración de los pliegos de condiciones, la entidad estatal tendrá en cuenta la oferta presentada como iniciativa y los estudios técnicos, financieros y legales que ella hubiera realizado, dando apertura al proceso de selección dentro de los seis (6) meses siguientes contados a partir de que se la haya notificado al oferente de la iniciativa privada

la viabilidad de su propuesta, término este, que podrá ser ampliado hasta en tres (3) meses más.

Durante el proceso de selección, el oferente de la iniciativa privada no tendrá derechos ni privilegios frente a los demás proponentes dentro de la licitación, de tal manera que este participara en igualdad de condiciones cumpliendo con los requisitos de los pliegos de condiciones que se establezcan libremente por la entidad contratante para tal fin. Por el contrario, el proponente de iniciativa privada, siempre que haya presentado su propuesta como miembro de un consorcio o unión temporal y se presente como oferente en la licitación, este deberá estar conformado por los mismos integrantes que propusieron la oferta de iniciativa privada y su variación estará sujeta a las autorizaciones que expida la entidad estatal concedente.

tiene el proponente de iniciativa privada, es el derecho a que se le reconozca, en caso de no resultar ganador de la licitación, el valor de los gastos en que incurrió en la formulación de su propuesta, es decir el valor de los diseños elaborados y la valoración que este haga de las concesiones en curso que el proyecto de iniciativa privada vincule; para tales efecto, el oferente de iniciativa privada junto, con el valor de la oferta presentara el valor de los diseños elaborados de conformidad con los precios del mercado, precio que podrá ser ajustado por la administración contratante en el evento en que no cumplan con tales condicionamientos.

Con el objeto de que no resulten inconvenientes entre el proponente que resulte adjudicataria del proyecto de concesión y quien presentó la oferta de iniciativa privada, aquel deberá comprometerse a cancelar dichos valores de conformidad con la forma de pago que quede establecida en los pliegos de condiciones.

#### **4. La renegociación de las concesiones en Colombia, adiciones en plazo y control fiscal.**

Las causas que dan lugar a la renegociación de las concesiones son fundamentalmente el pago de garantías por concepto de ingresos mínimos, la construcción de obras complementarias y compensaciones tarifarias que generan obligaciones para el Estado concedente, y en ocasiones el incumplimiento del estatal en la entrega oportuna de predios y de licencias ambientales, deficiencias en estudios y diseños previos e inadecuadas metodologías para estimar los costos y el tráfico vehicular, lo que conduce a retrasos en los cronogramas y renegociaciones sobre los costos de las obras y el reconocimiento de la ruptura de equilibrio financiero de la concesión.

Hasta ahora la renegociación de las concesiones han pretendido solucionar los problemas de liquidez de los proyectos concesionales asociados al incumplimiento en el pago de las garantías mínimas de ingresos y a la oportunidad del pago de los aportes estatales que afectan la sostenibilidad financiera del proyecto. Estas renegociaciones permiten el traslado del riesgo en manos de quien mejor esté en condiciones de cumplirlos, cambiar el plazo de entrega de concesiones, modificando las garantías de ingresos mínimos por el esquema de ingresos esperados, la compra de la concesión por parte del Estado que consiste en el pago del valor presente neto de los flujos del concesionario etc.

Desde luego la contraloría debe realizar una evaluación del proyecto concesional y revisar si las causas que generaron el desequilibrio económico está dado por una inadecuada estructuración del proyecto, y si efectivamente la renegociación le permite al Estado

ventajas positivas en términos económicos, financieros, de operación y reversión de la concesión. Si resulta la renegociación onerosa para el Estado concedente la Contraloría deberá estimar el daño patrimonial y proceder a adelantar el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal. Las renegociaciones no pueden ser utilizadas para soslayar la responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria de los sujetos de control cuando por acción u omisión incurren en comportamientos de culpabilidad ya sea con dolo o culpa, que dan lugar a la configuración de delitos, faltas disciplinarias y daños patrimoniales.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **CONTROL FISCAL, GESTIÓN PREDIAL, NEGOCIACION DIRECTA, EXPROPIACIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN, PRECIO, RECONOCIMIENTO Y CANCELACIÓN DE INDEMNIZACIONES.**

Partiendo de la concepción del liberalismo individualista, que pregonaba la propiedad privada como un derecho absoluto, perpetuo, exclusivo e inviolable que, en su arbitrio, ejercía una persona sobre una cosa que le pertenecía, y que sólo permitía las restricciones jurídicas y del derecho ajeno, fue reproducida por varias legislaciones civiles; en ese discurrir histórico, se fue decantando y morigerando en su incolumidad por las limitaciones o afectaciones del derecho público.

Las constituciones, en esos términos, garantizaban el derecho de propiedad. Pero no era suficiente; porque la finalidad de la propiedad iba desprendiendo alto contenido socioeconómico, y según la precisa evolución político-jurídica del concepto requería regulación del derecho público. Mucho después, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, impone limitaciones explícitas con fundamento en postulados filosófico-político-jurídicos como los de “*necesidad pública*”, y ordenamientos

constitucionales de la época el de los *“usos públicos”*; el primero ligado a previa y justa indemnización, y el segundo, a una justa indemnización.

Es así como, según lo establece la Teoría de los fines del Estado (acogida por la constitución de 1886, y posteriormente retomada por los constituyentes de 1936 y 1991), que justifica la expropiación como institución necesaria a los fines del Estado, estableciendo que no puede concebirse la propiedad en contraposición a los derechos de la sociedad; por tanto, la expropiación no constituye una violación al derecho de propiedad, sino que se viabiliza en conciliación del derecho particular con el de la comunidad, y ello lo realiza el Estado para el cumplimiento de sus fines, sacrificando la propiedad privada, haciendo surgir la consiguiente responsabilidad indemnizatoria del Estado, cuyo fundamento reside en el principio de igualdad ante las cargas públicas, ello hace entendible la prevalencia para satisfacer los intereses público sociales. De allí el carácter forzoso de la expropiación por motivos de utilidad pública o interés social, que predomina en la mayoría de las constituciones del mundo.

Es aquí donde la presencia del control fiscal se hace ineludible, para garantizar el equilibrio de las cargas públicas de las partes, ya que en cualquier etapa de las distintas clases del proceso expropiatorio, las cuales veremos más adelante, se podrían romper las mismas generando un detrimento patrimonial al momento del reconocimiento y cancelación del precio o en la fijación del avalúo, mas aun si no se establece cumpliendo con los parámetros técnico-jurídicos que establece la ley para el proceso expropiatorio que será tratado en el presente capítulo.

## **1. La enajenación voluntaria o negociación directa**

De conformidad con lo establecido en Ley 388 de 1997, en especial lo preceptuado en los artículo 58 y 59 las entidades estatales competentes en acción urbanística, conforme al plan de ordenamiento territorial, podrán adquirir bienes inmuebles, sin necesidad de recurrir a la enajenación forzosa o expropiación administrativa, para desarrollar o ejecutar proyectos o actividades de utilidad pública e interés social, previa y plenamente definidas por la ley.

En este sentido la enajenación voluntaria constituye el procedimiento de compraventa de un bien inmueble con fines de reordenamiento físico, para que el comprador ejecute las actividades urbanísticas determinadas en el plan de desarrollo territorial. (Ley 9ª/89, art. 13 y ss.). Por tanto, la enajenación voluntaria, al igual que la negociación directa debe entenderse como un procedimiento ágil e idóneo para evitarla.

Sí, en su eventualidad, no se dan los supuestos de negociación (negociación directa o enajenación voluntaria), que constituyen la regla general, para facilitar el logro de los cometidos estatales propuestos, como los de satisfacer el interés público-social, al Estado le ha sido atribuida la potestad constitucional de recurrir a la expropiación (como excepción a la regla); por eso dice la doctrina que la expropiación es un procedimiento de “excepción”. Es un ejercicio de poder que reside en la afectación del derecho de propiedad, mediante transferencia forzosa impuesta a su titular.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, la han definido como un instituto, un negocio o una operación de derecho público, por medio de la cual el Estado, por razones de utilidad pública o de interés social, priva coactivamente de la titularidad de un determinado bien a un particular, de acuerdo con un procedimiento específico y previo el pago de una indemnización.

A tenor de lo expresado por el artículo 58 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 1999, se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, reconociéndose en que por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación previa indemnización, conforme a los procedimientos establecidos en la ley.

El régimen de expropiación está regulado principalmente por la Ley 9ª de 1989, en lo relativo a la enajenación voluntaria y la expropiación judicial, y por la Ley 388 de 1997 por la cual se modificó en algunos aspectos la Ley 9ª de 1989, en lo relativo al procedimiento de la enajenación voluntaria, de la expropiación judicial y consagró la expropiación administrativa; y el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 451 a 459, referentes al procedimiento que se surte en los procesos de expropiación judicial.

La jurisprudencia actualmente ha establecido unas etapas dentro del proceso expropiatorio, las cuales se verán a continuación.

### **1.1 Primera Fase: La Oferta de Compra:**

La Corte Constitucional, sobre la oferta de compra ha expresado que *“la etapa previa de negociación del proceso expropiatorio se inicia, tanto en el proceso por vía judicial como en el proceso por vía administrativa, con un acto administrativo que contiene la oferta de compra que se hace al propietario del bien cuya expropiación se requiere. En el caso de la expropiación por vía judicial, el acto mediante el cual la entidad hace una oferta de compra por el bien se denomina oficio” u oficio de adquisición, y que según el artículo 13 de la ley 9ª de 1989 deberá contener la oferta de compra, la transcripción de las normas que*



*reglamentan la enajenación voluntaria y la expropiación, la identificación precisa del inmueble, y el precio base de la negociación, oficio que según esta norma no es susceptible de recurso ni de acción contencioso administrativa.*

*El precio base de negociación tomará como punto de partida el valor comercial fijado por el Instituto Agustín Codaḡzi o por peritos privados (Ley 388 de 1997, Artículo 61, inciso 2.) y una vez se tenga este, se debe proceder a realizar la oferta de compra se hará con sujeción a las reglas del Código Contencioso Administrativo (Ley 388/97, Art. 61, inc. 4).*

*El oficio también debe inscribirse en el folio de matrícula inmobiliaria del bien, dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación, según lo establece el mismo artículo 13 de la Ley 9ª de 1989, con el fin de evitar que el dominio del bien sea traspasado a otras personas y, por esta vía, retardar el proceso expropiatorio.*

*“La inscripción del oficio que contiene la oferta de compra en el folio de matrícula del inmueble, tiene, entre otros, los siguientes efectos: saca el bien del comercio; e impide el otorgamiento de licencias de construcción, de urbanización, o permiso de funcionamiento por primera vez para cualquier establecimiento industrial o comercial sobre el inmueble objeto de la oferta de compra. Con el fin de evitar que se pueda limitar de manera indefinida la posibilidad de enajenación de un bien afectado por este registro, la Ley 9ª de 1989 establece unos plazos definitivos para su vigencia. En efecto, el artículo 37 de la Ley 9ª de 1989 establece que con posterioridad a la afectación de un inmueble que se declara como de utilidad pública o de interés social, debe iniciarse el proceso de negociación dentro de un plazo prudencial, vencido el cual se entiende que el bien se encuentra desafectado.”*

En el caso de la expropiación por vía administrativa, la etapa de oferta se inicia con el acto que determina el carácter administrativo de la expropiación, y en el cual se le informa al particular la posibilidad de una negociación directa de compra del bien por el precio

consignado en el mismo acto administrativo (Ley 388/97, Art. 67). La determinación de urgencia es netamente administrativa y debe estar sujeta a los criterios formales que para ella están establecidos, según el artículo 65 de la Ley 388/97, así: *“criterios para la declaratoria de urgencia. De acuerdo con la naturaleza de los motivos de utilidad pública o interés social de que se trate, las condiciones de urgencia se referirán exclusivamente a: 1. Precaver la elevación excesiva de los precios de los inmuebles, según las directrices y parámetros que para el efecto establezca el reglamento que expida el Gobierno Nacional. 2. El carácter inaplazable de las soluciones que se deben ofrecer con ayuda del instrumento expropiatorio. 3. Las consecuencias lesivas para la comunidad que se producirían por la excesiva dilación en las actividades de ejecución del plan, programa, proyecto u obra. 4. La prioridad otorgada a las actividades que requieren la utilización del sistema expropiatorio en los planes y programas de la respectiva entidad territorial o metropolitana, según sea el caso.*

*La Corte Constitucional así mismo ha establecido que “este acto administrativo debe ser notificado al titular del derecho de propiedad del bien e inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su ejecutoria. La determinación del precio de oferta en la expropiación por vía administrativa se hace de la misma forma que para la expropiación por vía judicial, esto es, por certificación del avalúo comercial del bien que haga el Instituto Colombiano Agustín Codazzi o peritos privados. Aun cuando las normas se refieren al precio de oferta con referencia únicamente al avalúo comercial del bien, la Ley 388 de 1997 tiene en cuenta la destinación económica del bien y su reglamentación urbanística en la determinación del precio de adquisición del bien. En la determinación del precio de adquisición se tiene en cuenta el mayor valor o plusvalía generada por el anuncio del proyecto, el cual será descontado del precio de oferta, según lo que establece el parágrafo 1 del artículo 61 de la Ley 388 de 1997”.*

## **1.2 Segunda Fase: La Negociación del Precio.**

Una vez definido el precio y efectuada la oferta de compra el propietario del bien inmueble, la negociación del precio en los procesos de expropiación, se lleva a cabo mediante el procedimiento de enajenación voluntaria. Esta etapa del proceso de expropiación, busca que la entidad expropiante y el particular lleguen a un acuerdo sobre el precio del bien y pueden negociar de manera directa la venta del predio.

Para llegar a un acuerdo de compra, el artículo 61 de la Ley 388 de 1997, establece un término de treinta (30) días hábiles después de la comunicación de la oferta de compra y si vencido este término no hay acuerdo entre las partes, es obligatorio que se siga adelante con el proceso de expropiación.

si hubiere acuerdo respecto del precio y de las demás condiciones de la oferta con el propietario, se celebrará un contrato de promesa de compraventa, o de compraventa, según el caso. A la promesa de compraventa y a la escritura pública se acompañará un folio de matrícula inmobiliaria actualizado.

En la promesa de compraventa o en el contrato se estipularán el precio del bien, las condiciones y los instrumentos de pago, ya sea en dinero, en títulos valores, en derechos de construcción y desarrollo, en derechos de participación en el proyecto urbanístico, o mediante permuta.

En el caso de la expropiación judicial, pasados treinta días desde la oferta sin que se haya perfeccionado el contrato de promesa de compraventa, o dos meses desde el contrato de promesa de compraventa sin que se haya celebrado el contrato de compraventa, la entidad deberá expedir una “resolución de expropiación”, mediante la cual señala el inicio de la

etapa expropiatoria propiamente dicha, según lo establecido en el artículo 21 de la Ley 9ª de 1989. Luego, la entidad radica ante el juez civil la demanda de expropiación, dando así inicio al proceso judicial. La resolución de expropiación se notifica personalmente a quien aparezca como titular del derecho de propiedad del bien, de conformidad con el Código Contencioso Administrativo y contra ella sólo procede el recurso de reposición, el cual se entenderá negado si no ha sido resuelto dentro de los 15 días siguientes a su presentación. (art. 62, Ley 388/97).

Se debe tener en cuenta, que en cualquier etapa del proceso antes de que se dicte sentencia, si el juez llegare a comprobar la existencia de un ánimo de negociación por el precio ofrecido, pero que ésta no se llevó a término por motivos ajenos a la voluntad del particular, podrá ordenar la expropiación en los mismos términos de haber sido posible la enajenación voluntaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 388/97.

Para el caso de la expropiación administrativa si transcurridos 30 días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del acto que determina el carácter administrativo de la expropiación (por el cual se hace la oferta de compra), sin que se llegare a un acuerdo formal mediante promesa de compraventa, procederá el mecanismo de la expropiación administrativa (art. 68, Ley 388/97), sin perjuicio de que en su transcurso se revivan acuerdos de enajenación voluntaria.

En el acto administrativo que ordene la expropiación, además de los requisitos generales de todo acto administrativo, este deberá contener los siguientes aspectos:

La identificación precisa del bien inmueble objeto de expropiación (Art. 68, num 1º, Ley 388/97), nomenclatura urbana, extensión o área del terreno,

individualización o identificación del propietario, escritura pública, cédula catastral, matrícula inmobiliaria, linderos generales y específicos.

El valor del precio indemnizatorio y la forma de pago (Art. 68, num 2º). La determinación en la resolución expropiatoria del monto de la indemnización y la forma como se realizará el pago, según el caso concreto: en dinero efectivo, porcentajes del monto que se pagará de contado, los documentos de deber correspondientes, los contados anuales sucesivos, intereses, etc.

El valor de la indemnización será igual al avalúo comercial que se utiliza para los efectos previstos en el Art. 61, Ley 388/97 (Art. 67, inc 1º, ibídem.).

Contra el acto que decreta la expropiación administrativa, sólo es procedente el recurso de reposición, el cual deberá interponerse conforme lo establece el Código Contencioso Administrativo; esto es, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los 5 días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto.

El recurso deberá ser decidido dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de su interposición, y si transcurrido ese lapso no se ha tomado decisión alguna, se entenderá que el recurso ha sido decidido desfavorablemente ( Art. 69, inc 2, ibídem.).

### **1.3. Tercera Fase: El proceso de Expropiación**

El proceso de expropiación como se había anunciado anteriormente, se puede realizar por dos procedimientos diferente. De conformidad con lo establecido por la Constitución

nacional, el principio general es que la expropiación debe hacerse por medio de sentencia judicial, no obstante el constituyente facultó al legislador para que este señalara los casos puntuales en que la expropiación procede por vía administrativa, para que sea la propia administración la que directamente mediante acto administrativo tome a decisión de expropiación sin que medie sentencia judicial. En este caso, el acto administrativo estará sujeto a la verificación de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Veamos entonces las particularidades de cada procedimiento para lograr la expropiación de los bienes inmuebles por motivos de utilidad pública.

### **1.3.1. La Expropiación por Vía Judicial.**

Sobre el proceso de expropiación por vía judicial, el artículo 451 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 25 de la Ley 9ª de 1989 establece que el representante legal de la entidad expropiante mediante abogado presentará la demanda de expropiación, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que quede en firme la resolución que ordena la expropiación. La demanda incluirá, entre otros requisitos, copia de la resolución mencionada.

En la demanda, la entidad expropiante puede, solicitar al juez la entrega anticipada del inmueble, siempre y cuando acredite que ha consignado a órdenes del respectivo juzgado el total del valor del avalúo catastral más un cincuenta por ciento (50%) del mismo, practicado para ya sea por peritos o por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (Art. 62 Ley 388/97).

Admitida la demanda, se dará traslado de la misma por tres días a los demandados y se

notificará personalmente el auto admisorio. Si transcurridos dos días, contados desde la admisión, no ha sido posible la notificación, el juez emplazará a los demandados por edicto y mediante publicación en un diario de amplia circulación en la localidad, así como a través de una radiodifusora local, si la hubiere. Igualmente, ordenará fijar copia del edicto a la entrada del inmueble que será expropiado o del inmueble donde se encuentren los bienes muebles vinculados al proceso y se enviará por correo certificado otra copia del mismo a la dirección del demandado que aparezca en el directorio telefónico (Art. 452. C.P.C). Si tres días después de cumplidos todos estos trámites, los demandados no se presentan al juzgado, se les designará un curador *at litem*, a quien se le notificará del auto admisorio de la demanda. Contra este auto procede únicamente el recurso de reposición. (Art. 62 Ley 388/97).

Según lo que establece el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil, en el proceso de expropiación judicial no son admisibles excepciones de ninguna clase, pero el juez debe pronunciarse de oficio en la sentencia sobre la existencia de cualquiera de las siguientes circunstancias: i) falta de jurisdicción; ii) compromiso o cláusula compromisoria; iii) inexistencia del demandante o del demandado; iv) incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado; y v) ineptitud de la demanda; y si encuentra que alguna de ellas se presenta, se abstendrá de resolver la expropiación. (Art. 453 C.P.C.).

Durante el proceso judicial, el juez acudirá al Instituto Geográfico Agustín Codazzi o designará peritos privados (Art. 61 Ley 388/97), para que estimen tanto el valor de la cosa expropiada y, separadamente, de los daños que deban ser indemnizados a los afectados. (Art. 456 C.P.C). El valor comercial del bien “se determinará teniendo en cuenta la reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la oferta de compra en relación con el inmueble a adquirir, y en particular con su destinación económica. (Art.

61 Ley 388/97). De este precio, se descontará el valor de la plusvalía generada por el anuncio del proyecto que originó el proceso expropiatorio (Art. 61 Ley 388/97). Para efectos de la indemnización, se tendrán en cuenta el daño emergente y el lucro cesante y dentro del daño emergente se incluirá el valor comercial del bien (Art. 62 Ley 388/97).

Vencido el término de traslado, el juez dictará sentencia (Art. 454 C.P.C.). La sentencia que deniegue la expropiación es apelable en el efecto suspensivo y la que la decrete, en el devolutivo, según lo que establece el artículo 455 del Código de Procedimiento Civil. Si el superior revoca la sentencia que decretó la expropiación, ordenará al inferior que ponga de nuevo al demandado en posesión o tenencia de los bienes, si la entrega se hubiere efectuado y condenará al demandante a pagarle los perjuicios causados (Art. 459 C.P.C.).

En cuanto a las condiciones de pago, éstas son las estipuladas en el artículo 29 de la Ley 9ª de 1989, el cual permite el pago de la indemnización con dinero en efectivo y con títulos valores, dependiendo del valor del avalúo del inmueble (Art. 29 Ley 9ª de 1989). La norma señala un pago en efectivo siempre inferior al 50% del valor del avalúo judicial, así como la división del saldo en contados iguales que se respaldan con títulos valores redimibles anualmente dentro de un período que oscila entre los 6 y los 8 años dependiendo del valor de la indemnización. Sobre estos saldos se reconoce un interés anual ajustable equivalente al ochenta por ciento (80%) del incremento porcentual del índice nacional de precios al consumidor para empleados certificado por el DANE para los seis (6) meses inmediatamente anteriores a cada vencimiento, pagadero por semestres vencidos.

Según este mismo artículo 29, el pago debe ser de contado en los casos en los que el valor del avalúo sea menor a 200 salarios mínimos y el propietario haya sido el mismo durante los tres (3) años anteriores a la notificación del oficio que disponga la adquisición y demuestre que



obtiene del inmueble en cuestión más del setenta por ciento (70%) de su renta líquida o que el valor de dicho bien represente no menos del cincuenta por ciento (50%) de su patrimonio líquido. En cuanto al instrumento de pago en el proceso judicial, las obligaciones pueden ser divididas, a solicitud del acreedor en varios títulos valores libremente negociables y que serán recibidos como garantía de créditos por los intermediarios financieros, según lo que establece el Artículo 30 de la Ley 9 de 1989, parcialmente demandado en el presente proceso.

En firme el avalúo y hecha la consignación de la indemnización por parte de la entidad demandante, se procederá a la entrega de los bienes, de conformidad con lo que establece el artículo 456 del Código de Procedimiento Civil:

1. Se entregarán al demandante los bienes expropiados; en el acta de la diligencia se insertará la parte resolutive de la sentencia y se dejará testimonio de haberse consignado el monto de la indemnización.
2. Ejecutoriada la sentencia que decreta la expropiación, se registrará junto con el acta de entrega, para que sirvan de título de dominio al demandante, y se librarán al registrador los oficios de cancelación.
3. Cuando en el acto de la diligencia se oponga un tercero que alegue posesión material o derecho de retención sobre la cosa expropiada, la entrega siempre se efectuará, pero se advertirá al opositor que puede presentarse al proceso dentro de los diez días siguientes a la terminación de la diligencia, a fin de que mediante incidente se decida si le asiste o no el derecho alegado.

Si el incidente se resuelve a favor del opositor, en el auto que lo decida se ordenará a los mismos peritos que avalúen la indemnización que le corresponde, la que se le pagará de la suma consignada por el demandante.

El auto que resuelva el incidente es apelable en el efecto diferido.

La entrega de la indemnización a los interesados se hará una vez se registre la sentencia y el acta de la diligencia de entrega de los bienes, según lo que establecen los artículos 456 y 458 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo *“si los bienes expropiados estaban gravados con prenda o hipoteca, el precio quedará a órdenes del juzgado para que sobre él puedan los acreedores ejercer sus respectivos derechos.”* Si los bienes estuvieren embargados o secuestrados, el precio se remitirá a la autoridad que haya decretado tales medidas.

### **1.3.2. La expropiación por vía administrativa.**

Cuando la expropiación se realiza por vía administrativa el procedimiento es más expedito; así, vencido el plazo para la negociación directa sin que se haya producido acuerdo sobre la venta del bien, la entidad expropiante expedirá un segundo acto administrativo mediante el cual decide la expropiación. En este caso, la entidad expropiante queda obligada a utilizar el bien expropiado por esta vía para los fines de utilidad pública o interés social que hayan sido invocados, en un término máximo de tres (3) años contados a partir de la fecha de inscripción de la decisión correspondiente en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

El acto que decide la expropiación contendrá, entre otras cosas, la identificación del bien inmueble objeto de expropiación; el valor del precio indemnizatorio y la forma de pago; la

destinación que se dará al inmueble expropiado; y la orden de notificación a los titulares de derecho del dominio u otros derechos reales sobre el bien expropiado, así como la indicación de los recursos que legalmente procedan en vía gubernativa (Art.68, Ley 388/97). Este acto será notificado a los interesados de conformidad con el Código Contencioso Administrativo, esto es, con los artículos 44 y 45 que regulan la notificación personal y por edicto de las decisiones de la administración. Contra este acto procede el recurso de reposición en vía gubernativa, según lo que establece el artículo 69 de la Ley 388 de 1997, y la acción para obtener su nulidad y el restablecimiento del derecho, o para controvertir el precio indemnizatorio, de conformidad con el artículo 71 de esta ley.

Una vez se encuentre ejecutoriado este acto, ya sea porque no se interpuso ningún recurso, o porque el recurso interpuesto fue decidido de manera negativa, se procederá a la entrega del bien y del precio de la indemnización al afectado (Art. 70 Ley 388/97).

El principal efecto de este acto administrativo consiste en que el derecho de propiedad u otros derechos reales se trasladarán de las personas titulares de ellos a la entidad que ha dispuesto la expropiación, para lo cual basta el registro de la decisión en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en donde la corresponde a la entidad expropiante pondrá a disposición inmediata del afectado el valor total correspondiente o el porcentaje del precio indemnizatorio .

En caso de que el particular no retira esos valores y documentos dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria, la entidad expropiante pondrá a disposición del particular el precio indemnizatorio en la entidad financiera autorizada para el efecto y entregará copia de la consignación al Tribunal Administrativo en cuya jurisdicción se encuentre el inmueble, a fin de acreditar el pago formal de la indemnización. Efectuado el registro de la decisión, la

entidad podrá exigir la entrega material del bien, según lo establece el numeral 3 del artículo 70 de la Ley 388 de 1997. Si la entidad no realiza el pago de la indemnización o no acredita su depósito dentro de los términos establecidos en el artículo 70 citado, la expropiación queda sin efecto y la administración debe reiniciar el procedimiento expropiatorio. El monto de la indemnización será fijado de acuerdo con el avalúo comercial realizado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por peritos, de conformidad con lo que establecen los artículos 61 y 67 de la Ley 388 de 1997.

La acción ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener la nulidad del acto que decide la expropiación y el restablecimiento del derecho lesionado, o para controvertir el precio indemnizatorio puede interponerse dentro de los cuatro meses siguientes a su ejecutoria ante el Tribunal Administrativo de la jurisdicción donde se encuentre localizado el inmueble (Art. 70, Ley 388/97).

La demanda debe cumplir con los requisitos ordinarios señalados en el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo y, además, incluir prueba de que el afectado por la expropiación ha recibido el precio de la indemnización, así como las pruebas que se quieran hacer valer en el proceso (Art. 71, Ley 388/97). También podrá solicitarse la suspensión provisional del acto administrativo que decidió la expropiación. Podrán controvertirse tanto los motivos de utilidad pública o de interés social, como el precio fijado y las condiciones de pago de la indemnización.

La demanda se notificará a la entidad expropiante, y esta deberá contestarla dentro de los 5 días siguientes, indicando las pruebas que solicitará (Art. 71, Ley 388/97). El magistrado sustanciador ordenará un período probatorio no superior a 2 meses, concluido el cual se dará traslado común para alegar a las partes por 3 días y luego se dictará sentencia. La

sentencia será apelable ante el Consejo de Estado. El Consejo de Estado decidirá de plano a menos que considere que es necesario practicar nuevas pruebas.

Si el Consejo de Estado declara la nulidad del acto administrativo y revoca la decisión del Tribunal sobre la expropiación, ordenará a la entidad suspender todas las acciones y operaciones en curso para utilizar el bien expropiado.

Así mismo, ordenará la práctica de una diligencia de inspección del bien a fin de determinar si ha sido utilizado total o parcialmente, y, en ese evento, el valor de la indemnización debida al particular afectado; además, si la demanda sólo cuestiona el valor del precio indemnizatorio reconocido al afectado y el Consejo de Estado encuentra en la sentencia que éste debe ser mayor o que debe pagarse de una forma distinta, así lo dispondrá en el auto de liquidación de la misma (Art. 71, Ley 388 de 1997)".Igualmente se ordenará el registro de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para que el particular recupere la titularidad del bien.

## **2. La enajenación voluntaria como mecanismo para la adquisición de bienes inmuebles decorados de utilidad pública o interés social.**

Una vez ubicada la enajenación voluntaria directa dentro del proceso de expropiación por vía judicial, más concretamente dentro de la fase de negociación previa a tal vía, procedemos a hacer un análisis de los aspectos de fondo que desde el punto de vista jurídico, presentan mayores problemas en cuanto a su aplicación, como lo son la naturaleza jurídica de la oferta de compra y de la indemnización, finalizando con un estudio de la aplicabilidad de los criterios que debe ser aplicados por las Entidades públicas adquirentes para estimar y tasar el precio negociado durante esta etapa de enajenación voluntaria.

## **2.1. Naturaleza jurídica de la oferta de compra.**

Tal como fue señalado anteriormente, la primera etapa dentro del proceso de expropiación judicial inicia con una oferta denominada “*oficio de adquisición*”, que según el artículo 13 de la Ley 9ª de 1989 debe contener la oferta de compra, la identificación precisa del inmueble y el precio base de negociación.

Sin embargo, existe un acto previo mediante el cual se declara la utilidad pública o interés social y se establecen los motivos de la Entidad para proceder a la expropiación de los inmuebles, acto que en la práctica ha sido denominado como “*Resolución de acotamiento*” y que constituye un verdadero acto administrativo con todos sus elementos, susceptible de los recursos y acciones consagradas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Teniendo en cuenta que es con base en este acto que se elabora la oferta de compra, dándose con ello inicio efectivo a la etapa de negociación que constituye la enajenación voluntaria, y que tanto la ley como la doctrina y la jurisprudencia han sido imprecisas en determinar si dicha oferta es o no un acto administrativo, precederemos a establecer cuáles son los elementos estructurales de este tipo de actos, a fin de precisar si el oficio de adquisición referenciado constituye o no uno de estos actos.

El Consejo de Estado, en concordancia con las nociones acuñadas por la doctrina ha afirmado que “... los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una

situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir, que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia del 14 de julio de 1993, Exp.: AC-853, definió por su parte, el acto administrativo como la declaración de voluntad destinada a producir efectos de derecho, precisando que las declaraciones de voluntad de la administración requieren cumplir con varios requisitos de cuya verificación dependerá que exista o no un acto administrativo. Tales son:

1. Una declaración de voluntad;
2. Que tal declaración provenga de la administración pública; y,
3. Que proyecte efectos en el ámbito jurídico.

A tenor de lo señalado por el Consejo de Estado, en ausencia de estas condiciones no se podrá configurar un acto administrativo, pero en caso de concurrir, la decisión podrá ser denominada como acto administrativo pudiendo el interesado, “impugnarlo mediante la vía gubernativa inicialmente y posteriormente mediante la acción judicial correspondiente.”

Refiriéndonos al caso en concreto, encontramos que en el oficio de adquisición concurren los elementos transcritos. En efecto, se trata de un acto que contiene una declaración de voluntad, por cuanto en él constarán una oferta de compra y un precio base de negociación, que no son otra cosa diferente que la exteriorización de la intención de la Entidad pública

de adquirir el bien inmueble por el mecanismo directo de enajenación voluntaria. En tanto oferta, el acto contendrá necesariamente la voluntad de la administración de adquirir el inmueble, es decir, la voluntad de comprarlo directamente al propietario sin acudir a instancias judiciales.

Adicionalmente, es la misma administración pública quien profiere el acto. Según el artículo 13 de la Ley 9ª de 1989, *“corresponderá al representante legal de la entidad adquirente, previa las autorizaciones estatutarias o legales respectivas expedir el oficio por medio del cual se disponga la adquisición de un bien mediante enajenación voluntaria directa”*, así que se concluye el cumplimiento del segundo requisito aludido por la jurisprudencia, pues es la misma Entidad pública adquirente la que manifiesta su voluntad de adquirir el bien mediante este oficio.

Finalmente tenemos que la expedición de este oficio produce unos efectos en derecho que podemos clasificar en dos clases, unos directos y otros condicionales.

En los efectos jurídicos directos, según el artículo 13 de la Ley 9ª de 1989, este oficio de adquisición deberá ser inscrito por la entidad adquirente en el folio de matrícula inmobiliaria del respectivo inmueble, lo que nos permite concluir que la expedición del acto, junto con la inscripción que se ordena en el mismo, produce dos efectos jurídicos:

- Los inmuebles quedan fuera del comercio.

- Ninguna autoridad podrá conceder licencia de construcción, de urbanización, o permiso de funcionamiento por primera vez para cualquier establecimiento industrial o comercial sobre el inmueble objeto de la oferta de compra (Art. 13, Ley 9ª de 1989).



En cuanto a los efectos jurídicos condicionales producidos por el oficio de adquisición están supeditados a la aceptación de la oferta que haga el propietario del bien, y consiste, en que una vez ha mediado efectivamente este consentimiento, nace la obligación a cargo de las partes para suscribir un contrato de promesa de compraventa, o de compraventa según sea el caso (art. 14, ley 9ª de 1989).

El análisis muestra que el oficio cumple con los requisitos estructurales de los actos administrativos, pudiendo concluir que se trata de una manifestación unilateral de voluntad de la administración productora de efectos en derecho.

No obstante, el artículo 13 de la Ley 9ª de 199 contiene una regla que, pese a reunir las condiciones requeridas para que un acto sea calificado de administrativo, altera la naturaleza jurídica de este acto impidiendo esta calificación. Señala esta norma que *“este oficio no será susceptible de recurso o acción contencioso administrativa”*.

Si la consecuencia jurídica de que un acto sea calificado como administrativo es la posibilidad de recurrirlo y/o impugnarlo judicialmente por considerar que los efectos que produce son lesivos del orden normativo, ¿qué implicaciones tiene la imposibilidad legal de interponer los recursos o las acciones legales contra la oferta de compra?, ¿este oficio no es un acto administrativo, aun cuando reúna todos los requisitos para ello.?

Lo anterior, nos obliga a analizar lo que la doctrina ha denominado los Actos Administrativos y los Actos de la Administración.

Tal como lo señala el tratadista Jaime Orlando Santofimio, *“los actos de la administración que no*

*reúnan integralmente los elementos y características (...) no podrán calificarse de tales, y más bien debemos circunscribirlos al contexto de simples actos de la administración; de ninguna manera podrán producir efectos y mucho menos, salvo las excepciones de ley, dársele el tratamiento de Actos Administrativos.*

*Esta situación resulta palpable y comprobable en la misma legislación administrativa cuando, por ejemplo, se hace diferencia de tratamiento para los actos administrativos que de por sí y materialmente implican interlocución y decisión, y para otras manifestaciones como las de simple trámite o sustanciación, preparatorio, de ejecución, de los cuales no puede deducirse más que operatividad administrativa, pero no decisión ejecutoria (...). Por regla general, este tipo de actos no administrativos, sino de la administración, no son recurribles ni mucho menos controvertibles ante la jurisdicción contenciosa administrativa, excepto cuando de manera anormal llegaren a contener alguna decisión definitiva creadora de situaciones jurídicas particulares.*

*Conforme a este criterio, el oficio de adquisición no sería entonces un acto administrativo, sino un acto de la administración, por cuanto la misma ley al impedir la interposición de recursos y acciones judiciales determina que aquel no pueda ser tratado como administrativo. Si bien no se trata de una mera certificación o de un acto de simple conocimiento, de información o de comunicación que sí carecen de uno de sus elementos estructurales cual es la producción de efectos jurídicos, la Ley 9ª de 1989, modificada por la Ley 388 de 1997, le dan a la oferta de compra un tratamiento igual al de éstos actos, lo que nos lleva a concluir que la naturaleza jurídica de la oferta no corresponde al de un acto administrativo, sino al de un acto de la administración, con los efectos en derecho que esto conlleva.”*

## **2.2. Control fiscal y naturaleza jurídica de la indemnización en los procesos de expropiación judicial.**

El control fiscal en la expropiación se hace en cuanto al precio justo derivado del avalúo

con el que se hace la enajenación voluntaria, la expropiación judicial o la expropiación administrativa, según el caso en concreto, como lo veíamos anteriormente.

En la expropiación judicial, el precio lo aprueba el juez una vez surtido el correspondiente procedimiento judicial, bien sea que este acuda o acoja el avalúo realizado por el Agustín Codazzi o por peritos privados, a solicitud de cualquiera de las partes, como establecimos anteriormente. La entidad estatal expropiante por intermedio del servidor público designado para ello, deberá velar para que cualquiera de estos sujetos establezcan en su avalúo un precio justo, el cual nunca podrá estar por encima del valor comercial del bien objeto de expropiación, teniendo en cuenta los parámetros y características establecidas para elaborar el avalúo (Art.21 y 22, Decreto Reglamentario 1420 de 1998).

En caso en que el avalúo no se haga según los parámetros y características establecidas en la ley para establecer el precio justo, se deberá objetar el mismo por error grave, aun cuando la decisión de éste dictamen no sea susceptible de apelación; en este caso, como el precio es debatido dentro del proceso en principio no existiría un detrimento patrimonial, pues lo que el Estado estaría pagando sería un precio que ya fue controvertido en una sentencia judicial, así esta fuere apelada y confirmada en segunda instancia.

Si no se hiciere esta objeción o no se interpusiera el recurso si podríamos hablar de la existencia de un posible detrimento patrimonial, porque si se lograra demostrar dentro del Control fiscal (Auditoria), que habiéndose objetado el avalúo o interpuesto el recurso, el Estado hubiera podido pagar un precio inferior al establecido dentro del proceso, pues éste pago un precio que no se ajusta a la realidad del valor comercial del bien, ya que no existió una adecuada defensa del patrimonio público.

En virtud del control fiscal para este caso, podrían existir hallazgos fiscales con incidencia penal y disciplinaria. Hallazgo Fiscal pues se causo un detrimento al patrimonio del Estado, disciplinario porque se infringió uno de los deberes de todo servidor público, según lo que establece el Art. 34, núm. 2, de la Ley 734 de 2002, por citar un ejemplo; y penal pues se estaría frente a uno de los “delitos contra la administración pública”, como lo es el de *“prevaricato por omisión”* (Art. 414, Ley 599 de 2000).

En cuanto a la enajenación voluntaria y la expropiación administrativa, podemos establecer que el Control Fiscal se ejerce también frente al precio, pero por dejar en firme el avalúo (Agustín Codazzi o perito particular) que está por encima del valor comercial del bien.

También puede suceder que habiéndose impugnado el acto administrativo por parte del particular, al considerar que el avalúo es irrisorio (aun cuando no lo sea) o que sea exagerado, el servidor público encargado de ello, no le de trámite al recurso y opere el *“silencio administrativo positivo (Art. 69, inciso 2º, Ley 388 de 1997).”*

En este caso, si el avalúo era correcto, según las reglas y características para establecer el valor comercial del bien (Decreto Reglamentario 1420 de 1998) y opero el silencio administrativo positivo por no tramitar el recurso en tiempo, existe evidentemente un detrimento al patrimonio público, ya que estaría demostrado que respondiendo se hubiera pagado un precio menor al establecido, caso en el cual, estaríamos frente a un hallazgo fiscal con incidencia disciplinaria y penal. Fiscal por la circunstancia descrita anteriormente, disciplinaria por incumplimiento de deberes (Art.34, núm. 2º, 34, entre otras, Ley 734 de 2002) o ejercer actos que le están prohibidos (por ejemplo, Art. 35, núm. 7, 8 Ley 734/02) y penal si se llegaren a demostrar por supuesto, podrían configurarse los delitos establecidos en los Art. 405, 406, 412, 413 y 414 de la Ley 599 de 2000, sin perjuicio que se pudieran demostrar otros.

En cuanto a la naturaleza de la indemnización, debemos establecer que siempre debemos indemnizar cuando se causa un daño o perjuicio. *“el daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima (...) cuya reparación debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o al menos, en la situación mas próxima a la que existía antes de su suceso”.*

*El daño técnicamente hablando es la alteración negativa de un estado de cosas existentes; esa la modificación objetiva de unas condiciones de la realidad. El perjuicio por su parte, hace referencia a las consecuencias lesivas de esa alteración para la persona que la sufre. Así, la muerte, las lesiones físicas, morales o patrimoniales, etc., constituirán el daño, en tanto el perjuicio aludiría al menos cabo, quebranto, detrimento o afectación negativa que en materia sentimental, moral, económica, etc., puede sufrir el afectado y que dan lugar al pago de una indemnización como mecanismo encaminado a restablecer la situación alterada.*

*En este sentido, en determinados casos el daño nunca podrá ser reparado como en el caso de la muerte o de las lesiones físicas o morales, pues nada puede hacer que la persona vuelva a la vida, o que las consecuencias físicas o emocionales de las lesiones se retrotraigan. Así, lo que se repara no es el daño, sino el perjuicio, es decir, el dolor, la pena, el sentimiento de la aflicción, etc., tasándola en la mayoría de los casos, en un valor económico que se entiende como equivalente a este perjuicio causado. Esta tasación es lo que se entiende como indemnización y alude al pago que puede consistir o no en dinero, hecho a la persona perjudicada.”*

*“La indemnización expropiatoria encuentra su fuente en la transferencia o cesión forzosa de la propiedad, promovida o decretada mediante acto unilateral de la administración estatal. Desde el punto de vista, de la indemnización se desprenden dos connotaciones: a) Se convierte en el deber que tiene el Estado de reparar previamente al propietario, en valor en efectivo, por la pérdida del derecho sobre el bien objeto de expropiación; y b) Se constituye, además, por ende, en el derecho subjetivo del dueño de ser compensado económicamente antes que se produzca la privación de su propiedad, mediante el reconocimiento o pago del*

*valor del bien expropiado; en este sentido, como dice la doctrina la causa de la indemnización es objetiva en la compensación patrimonial del expropiado.”*

### **2.2.1. La indemnización debe ser justa e integral.**

En un Estado Social y Democrático de Derecho, en donde por expreso mandato superior, la indemnización en casos de expropiación debe ser previa, también tendríamos de manera implícita, que la indemnización sea justa o integral.

Dos aspectos deben ser destacados cuando se habla de indemnización en caso de expropiación: uno de ellos es cuánto vale el bien, y el otro, que tiene sentido económico diverso, es cual debe ser el monto de la indemnización, entendiendo por tal el valor de la reposición de perjuicios patrimoniales.

Ahora bien, en las formulas técnicas que normalmente se tienen en cuenta para la formación del precio que deberá ser pagado en las expropiaciones, lo que se busca determinar a través de cualquiera de ellas, es el valor del inmueble en el mercado, es decir, el llamado valor real.

La indemnización justa o integral como un derecho subjetivo del expropiado según lo establece el doctrinante Jairo Enrique Solano Sierra, *“debe abarcar no sólo el valor objetivo (económico) del bien, determinado conforme a la ley, sino también el consumado por la expropiación en sus consecuencias directas e inmediatas en nexo de causalidad (según el caso concreto, verbigracia: rentabilidad, arriendos o destinación al comercio, mejoras, etc.) como factores de naturaleza patrimonial accesorio, los cuales deben ser ciertos, actuales y no eventuales o meras expectativas del propietario, porque no procede*

*indemnizar daños y perjuicios hipotéticos ni indirectos".*

En relación con el carácter justo de la indemnización la Corte Constitucional mediante Sentencia C-961 de 2003, estableció que aun cuando el texto constitucional no menciona expresamente si la indemnización por expropiación debe ser justa, ésta exigencia se ha deducido de la referencia que hace el texto del artículo 58 de la Carta a la necesidad de ponderar los intereses de la comunidad y del afectado al momento de fijar la indemnización por expropiación. Así, la Corte ha reconocido que *“esta frase significa que la indemnización debe ser justa, realizando así este alto valor consagrado en el Preámbulo de la Carta, lo cual concuerda, además, con el artículo 21 del Pacto de San José”*, según el cual *“ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según las formas establecidas por la ley.”*

Estableciendo a su vez que con anterioridad al Acto Legislativo No. 1 de 1999, esa Corporación sostuvo que existían eventos en los que era “justo” no reconocer un valor indemnizatorio a quien fuera expropiado.

Así, lo dijo la Corte en la sentencia C-358 de 1996. Sin embargo, a partir de este Acto Legislativo, no es posible que la disminución del valor de la indemnización que se reconozca al particular expropiado, en aras de consultar los intereses de la comunidad, pueda llegar a ser de tal magnitud que finalmente no se le reconozca ningún valor como indemnización.

*“Se trata, en este caso, de una relación regida por la igualdad aritmética, determinante de la llamada justicia retributiva o correctiva. De tal suerte que si el expropiado sufrió un perjuicio de 100, deberá recibir 100 como indemnización justa por el daño que se le ha ocasionado; si el daño fue sólo de 50, deberá recibir*

*50, pero, por ejemplo, si el daño causado por un hecho, se compensa por el provecho derivado del mismo, no hay lugar a indemnización porque ésta no resultaría justa, y son éstos los casos que el legislador debe evaluar, en concreto, para determinar si, por razones de equidad (es decir, de justicia), la indemnización no procede. (...)"*

### **2.2.2. Estimación y tasación de la indemnización dependiendo de la función que esta cumple.**

La estimación y tasación de la indemnización debe fijarse consultando los intereses de la comunidad y del afectado, tal como lo establece la Constitución Política en el artículo 58, inciso 4º, armonizando el interés público-social y el propio del afectado con la medida expropiatoria.

En cuanto al interés de la comunidad, *"su estimación debe estar acorde con la causalidad público-social que la origina y no se haga a espaldas de los intereses de la colectividad, y, por tanto que no se tenga en cuenta circunstancias de carácter personal, subjetivas o hipotéticas, que no sea falsa, que no constituya un precio mayor o de enriquecimiento sin causa, que se prevenga la inmoralidad administrativa, o el monto no sea inválido o patrocinado por actos de corrupción, etc. Los constituyentes de 1991 se lamentaban de que, en la práctica de la expropiación, la tasación de la indemnización, en algunos casos, no se cumplía conforme a las regulaciones sanas establecidas por la ley.*

*En el supuesto de los intereses del afectado, para restablecer el equilibrio patrimonial, en su justa compensación, debe estimarse tomando en cuenta el valor de reposición del bien y los posibles perjuicios originados que sufra el expropiado, sin que lleve a su empobrecimiento ni enriquecimiento. "Si el Estado expropia ejerce en realidad un poder jurídico de acuerdo con la Constitución, pero como el ejercicio de este poder supone el sacrificio del derecho del propietario, es preciso compensar o indemnizar los perjuicios que éste*



*sufre. De allí, entonces, que la suma a pagar debe cubrir exactamente el daño que se irroga al propietario, sin que éste se empobrezca ni enriquezca en la medida que tal resultado pueda razonablemente alcanzarse.”*

Este deber de ponderación de los intereses concretos, es lo que determina que en cada caso la indemnización tenga una función compensatoria, reparatoria y restitutiva, asunto que procederemos a analizar con base a los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

### **2.2.2.1 Función compensatoria.**

La función compensatoria en el pago por concepto de una adquisición predial por motivos de utilidad pública o de interés social consiste en que al *“Referirse al carácter compensatorio de la indemnización es hacerlo únicamente respecto del daño emergente que produce la adquisición del bien por parte de la administración pública, que además debe ser el límite mínimo sobre el cual se tiene que estimar la indemnización, de forma que no se incumpla el mandato constitucional de que no haya expropiación sin indemnización o la prohibición de que las mismas sean simbólicas o irrisorias”*.

*“Al ser solo estimada a partir del daño emergente que se produzca con la adquisición, el servidor público deberá tener en cuenta que el daño que fundamenta la indemnización cumpla con los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para este efecto: el daño tiene que ser personal, cierto, determinado o determinable y afectar una situación jurídicamente protegida o amparada”*.

El carácter personal de daño, alude a que sólo la persona afectada es la que puede reclamar y por tanto, ser la receptora de la indemnización ordenada; sólo quien sufrió los perjuicios derivados del daño, es decir, de la adquisición del bien inmueble es quien puede actuar dentro del proceso correspondiente. Este daño personal puede además ser directo o

indirecto: es directo, el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, e indirecto cuando el acto ataca los bienes o la persona de la víctima y esto se refleja en el patrimonio de otra diferente que resulta damnificada.

Por su parte, el carácter cierto del daño es aquel que en cuanto a su existencia y extensión puede afirmarse (que no excluye, por tanto, al futuro, que es aquél aún no realizado pero necesariamente habrá de producirse) y determinado) es aquél que puede ser tasado. (La certidumbre se distingue de su determinación, porque la primera hace relación a la existencia y extensión del daño y ésta con su cuantía).

En este orden de ideas, la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que la eventualidad precisamente se opone aquélla característica, es decir, es incierto el daño cuando hipotéticamente puede existir, pero depende de circunstancias de remota realización que pueden suceder o no y por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad extracontractual. Y la concreción del daño se dirige a que el bien que se destruye, deteriora o modifica se precisa finalmente en la determinación o cuantificación del monto indemnizable.

#### **2.2.2.2. Función reparatoria.**

La función reparatoria a diferencia de la compensatoria, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante causado por el hecho de la expropiación. En esta función se toma la indemnización no como una operación aritmética simple o una conversión simple de valores, sino como un conjunto, que comprende un daño, un nexo causal y un

justo precio derivado de ese daño.

Sobre el deber de reparación, la Corte Constitucional, ha expresado:

*“La indemnización es pues una consecuencia de facultad expropiatoria del Estado. Ella se explica por el deber de reparación que surge a raíz del ejercicio de dicha facultad: la producción de un daño generado por una actividad legítima de la acción administrativa.*

*La actividad es legítima porque la expropiación sólo opera por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, prevaleciendo así el interés general para cumplir los fines esenciales del Estado, de que trata el artículo 2° superior: promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principio, derechos y deberes consagrados en la Constitución.*

*Pero ese daño legítimo debe en principio ser indemnizado y puede generar formas de responsabilidad objetiva, porque la persona expropiada no tiene por qué soportar una carga específica que debe asumir toda la sociedad, en razón del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas, cuyo fundamento es el derecho de igualdad establecido en el artículo 13 de la Carta. Esto explica entonces que el ordenamiento superior haya consagrado el derecho a la indemnización reparatoria en cabeza del afectado.*

*Así las cosas, la indemnización no es compensatoria, esto es, ella no es un presupuesto o una condición de la indemnización que genera una compensación a cargo del Estado y a favor del expropiado, por el enriquecimiento patrimonial del primero. Si así fuera, la indemnización se fijaría con base en el valor objetivo del bien y no, como ordena la Constitución -inciso 4° del art. 58-, "consultando los intereses de la comunidad y del afectado". De aceptarse la tesis del carácter compensatorio de la indemnización se tendría que concluir que la expropiación es una simple*

*conversión de valores: los bienes expropiados se reemplazan por su equivalente en dinero y no comprendería por tanto los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación. La indemnización en tal caso no sería entonces justa, como lo ordena el artículo 21 numeral segundo del Pacto de San José.*

*Por todo lo anterior, es evidente que la indemnización prevista por el artículo 58 de la Constitución es reparatoria y debe ser plena, ya que ella debe comprender el daño emergente y el lucro cesante que hayan sido causados al propietario cuyo bien ha sido expropiado. Y en caso de que no haya forma de comprobar el lucro cesante, se puede indemnizar con base en el valor del bien y el interés causado entre la fecha de entrega del mismo y la entrega de la indemnización.*

*Ahora bien, resulta claro que el propio Código de Procedimiento Civil reconoce el carácter reparatorio y no simplemente compensatorio de la indemnización en los casos de expropiación. En efecto, el artículo 459 del ordenamiento procesal establece que en aquellos casos en que el superior "revoque la sentencia que decretó la expropiación, ordenará que el inferior ponga de nuevo al demandado en posesión o tenencia de los bienes, si la entrega de éstos se hubiere efectuado, y condenará al demandante a pagarle los perjuicios causados, incluido el valor de las obras necesarias para restituir las cosas al estado que tenían en el momento de la entrega.". Así, el artículo 457 del Código de Procedimiento Civil, interpretado conforme al mandato constitucional del artículo 58 y las normas procesales reguladoras de la expropiación, muestra que la indemnización debe comprender todos los perjuicios ocasionados al propietario".*

### **2.2.2.3. Función restitutiva.**

Podemos establecer que obedeciendo al sentido exegético de la palabra restitución, está

hace referencia a la “devolución de una cosa. Restablecimiento IN INTEGRUM. Beneficio extraordinario, proveniente del Derecho Romano, concedido a favor de determinadas personas que habían padecido lesión en un acto o contrato, aun cuando fuera legítimo, para obtener la reintegración o reposición de las cosas en el estado que tenían antes del daño o perjuicio. Su fundamento se encuentra en la equidad: en el deseo de proteger a los menores o incapaces, e incluso a personas jurídicas, por su trascendencia”.

En este caso la función restitutiva de la indemnización sería la de restablecer las cosas a su estado anterior, para asegurar que el expropiado le sea pagada una indemnización por la totalidad de los daños y costos que sufre por causa de la expropiación para asegurar que éste pueda alcanzar una situación semejante a la que tenía antes de la expropiación.

*Aun cuando debemos tener en cuenta que “la indemnización debe establecerse teniendo en cuenta los intereses de la comunidad y del particular, es posible que en ciertos casos la indemnización no tenga que cumplir una función restitutiva. Del que la propiedad sea una función social, surge la posibilidad constitucional de reducir el valor de la indemnización reconocida al particular expropiado, cuando dicha propiedad no está cumpliendo con esa función. En este orden de ideas, también puede regularse la forma de pago de dicha indemnización y los instrumentos con los cuales será cancelada”.*

Otro ejemplo de las limitaciones que pueden imponerse a la indemnización en virtud de su función social, lo señaló la Corte en la sentencia C-295 de 1993, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, en donde la Corte declaró que las cesiones obligatorias para efectos de la construcción de vías, zonas verdes, y servicios comunales para la reforma urbana, no constituían una forma de expropiación sin indemnización sino una limitación derivada del hecho de que la propiedad era una función social, la cual no daba lugar a indemnización. Dijo entonces la Corte: “*en efecto, no hay duda de que en virtud de su función social*

*urbanística la propiedad está sometida a una serie de limitaciones legales que afectan básicamente su uso, dentro de las cuales se encuentran las denominadas cesiones obligatorias gratuitas. Tales cesiones nacen de la obligación que tienen los propietarios que construyen urbanizaciones, edificios, realizan parcelaciones, etc., de ceder gratuitamente a los entes municipales una parte de su terreno, destinada a calles, parques, plazas, vías de acceso, zonas verdes, etc. En este orden de ideas aparecen las cesiones obligatorias gratuitas como una contraprestación a la que se obligan los propietarios de terrenos al solicitar el correspondiente permiso para urbanizar o edificar, y al aceptar las condiciones que exigen las autoridades competentes, dados los beneficios que pueden obtener con tal actividad, las que se imponen en desarrollo de la función social urbanística de la propiedad, consagrada en el artículo 58 de la Carta, y en ejercicio del poder de intervención del Estado en el uso del suelo “con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano” (art. 334 C.N.), como también del artículo 82 ibídem que faculta a las entidades públicas para “regular la utilización del suelo” en defensa del interés común.”*

### **2.3. Control Fiscal e igualdad de criterios en la estimación tanto de la indemnización que realiza el juez, como del precio negociado en la etapa de enajenación voluntaria.**

Para establecer una igualdad en la estimación del precio negociado que se realiza en la etapa de negociación voluntaria y la indemnización que realiza el juez, es necesario que se tenga en cuenta que la peritación hecha en la etapa de enajenación voluntaria, la cual servirá de base para la oferta de compra y a su vez para establecer el valor comercial del inmueble, consulte los parámetros técnico-jurídicos exigidos por el artículo 61 de la Ley 388 de 1997 y los artículos 21 y 22 del Decreto Reglamentario 1420 de 1998 y además de verificar si la tasación de los perjuicios se ajusta a lo normado en el numeral 6 del artículo 62 de la Ley 388/97.

Debemos también tener en cuenta, que los avalúos practicados en la etapa de enajenación voluntaria, discreparían con los que se realizan dentro del proceso judicial por razones de tiempo, más aun si se establece que los inicialmente practicados solo contemplan el daño emergente.

En virtud de lo anterior, por el tiempo transcurrido entre la presentación de la demanda y la terminación del proceso, la diferencia entre los dos avalúos sería notable. Lo que se debe tener en cuenta es que el avalúo practicado sobre un mismo bien con la observancia de los parámetros técnico-jurídicos, no debe arrojar resultados completamente diferentes, es decir, las diferencias solo deberían radicar en las causadas por el simple hecho del paso del tiempo, y excepcionalmente por la determinación del lucro cesante, más no en otras circunstancias.

En este caso, se debe establecer cuál es el precio justo del bien con las variaciones o indexación que deba hacerse con respecto al avalúo que se realizó en la enajenación voluntaria, teniendo en cuenta el lapso de tiempo que ha transcurrido desde la enajenación voluntaria hasta la fecha en que se dictará sentencia. Si no fuere así y la diferencia fuese exorbitante, este se deberá objetar por error grave dentro del proceso judicial.

El control fiscal para este caso se establece por el pago de la indemnización determinado por el precio justo del bien que va a ser expropiado, este se debe limitar a establecer si el detrimento patrimonial del Estado fue causa de la falta de objeción por error grave del avalúo dentro del proceso judicial o si por el contrario el detrimento fue causado por dejar en firme el avalúo establecido en la enajenación voluntaria, puesto que el Estado pago un precio por encima del estimado para el valor comercial del bien. En este caso se podría determinar que existe un hallazgo fiscal también con incidencia penal y disciplinaria, por las

mismas razones explicadas anteriormente.

### **3. Gestión y riesgo predial en los contratos de obra pública y de concesión infraestructuras viales.**

La gestión predial podemos decir que es un estudio que se elabora dentro de cada entidad pública, para adoptar medidas, parámetros y lineamientos, tendientes a realizar procesos expropiatorios de acuerdo con la ley y que sirvan a su vez como parámetro dentro de cada entidad para futuros procesos.

Dentro de la gestión predial encontramos unos estudios de prefactibilidad predial, que deberá realizar la entidad respectiva para adelantar la expropiación, tales como:

- a) Cuantificar el número de predios requerido para desarrollar el proyecto.
- b) Identificar cada unidad predial con matricula inmobiliaria y cédula catastral.
- c) Determinar la ubicación de cada uno de los predios cuantificado, realizando levantamiento topográfico del mismo.
- d) Realizar estudio de títulos sobre cada unidad predial.
- e) De ser procedente, determinar relaciones entre propietarios y poseedores.
- f) Especificar en cada unidad predial si existe copropiedad o propiedad horizontal, número de pisos, coeficiente de propiedad horizontal.



g) Realizar un estudio sobre aplicación de norma urbanística sobre cada unidad predial.

h) Calcular el valor estimado de los predios, identificando las normas aplicables para fijar el avalúo.

*El riesgo predial “está asociado al costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos. El control y responsabilidad sobre la compra de predios está a cargo de la entidad estatal, dado que ésta es quien tiene la facultad de adquirir el predio y/o adelantar los procesos de expropiación respectivos. No obstante lo anterior, se podrá pactar en los contratos la responsabilidad del contratista sobre la gestión para la adquisición y de compra de los predios”.*

En este caso, se debe determinar si es verdaderamente viable realizar el proceso expropiatorio para desarrollar un proyecto o si es menos oneroso, más ágil y factible la realización de otro procedimiento, tal como la construcción de un puente elevado o subterráneo, por ejemplo, para realizar determinado proyecto y así lograr satisfacer el interés general y no causar un detrimento al patrimonio público, ni causar ninguna especie de traumatismo en la sociedad.

#### **4. Gestión predial para la contratación de proyectos de infraestructuras del transporte conforme a la Ley 1474 de 2011.**

El párrafo del artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, dispone que para efectos de decretar la expropiación, además de los motivos determinados en otras leyes vigentes, se declara de

utilidad pública o interés social los bienes inmuebles necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte. Para estos efectos, el procedimiento para cada proyecto de infraestructura de transporte diseñado será el siguiente:

1. La entidad responsable expedirá una resolución mediante la cual determine de forma precisa las coordenadas del proyecto.
2. E Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC, o la entidad competente según el caso, en los dos meses siguientes a la publicación de la resolución que determina las coordenadas del proyecto, procederá a identificar los predios que se van a ver afectados por el proyecto y ordenará registrar la calidad de predios de utilidad pública o interés social en los respectivos registros catastrales y en los folios de matrícula inmobiliaria, quedando dichos predios fuera del comercio a partir del mencionado registro.
3. Efectuado el Registro el IGAC dentro de los seis meses anteriores realizará el avalúo comercial del inmueble y lo notificará al propietario y demás interesados que se hagan acreditar, ya sean poseedores, arrendatarios, vecinos etc.
4. El avalúo comercial deberá incluir el valor de las posesiones y de las otras indemnizaciones o compensaciones a que haya lugar, siempre que afecten el patrimonio del particular afectado.
5. El Gobierno Nacional debe expedir el decreto reglamentario, que regule las condiciones que debe acreditar las entidades públicas y/o los evaluadores para determinar el valor de adquisición o precio indemnizatorio que se pagará y reconocerá a los propietarios y poseedores en los procesos de adquisición predial ya sea a través de enajenación voluntaria,

expropiación administrativa o judicial, para lo que deberá tener en cuenta el Gobierno Nacional la localización, las condiciones físicas y jurídicas y la destinación económica de los inmuebles.

6. La entidad una vez en firme el avalúo pagará al propietario dentro de los tres meses siguientes las indemnizaciones y compensaciones a que hubiere lugar.

7. El recibo del pago por parte del propietario corresponde en derecho al mutuo acuerdo de la negociación y transacción de posibles indemnizaciones futuras.

8. Efectuado el pago por mutuo acuerdo, se procederá a realizar el registro del predio a nombre del responsable del proyecto ratificando la naturaleza de bien como de uso público e interés social, el cual gozará de los beneficios del artículo 63 constitucional, esto es inembargables, imprescriptibles e inalienables.

9. Si no es posible la enajenación directa y se entiende porque no se reciba el pago directo de la indemnización o compensación, se expedirá por parte de la entidad adquirente un acto administrativo de expropiación administrativa y se realizará el pago por consignación a órdenes del juez o Tribunal Contencioso Administrativo competente, acto con el cual quedará cancelada la obligación.

10. El acto administrativo de expropiación por vía administrativa será el título con fundamento en el cual se procederá al registro del predio a nombre de la entidad adquirente y responsable del proyecto. Como bien de uso público e interés social es inembargable, inalienable e imprescriptible, sin perjuicio del derecho de las personas objeto de indemnización o compensación a recurrir ante los jueces contencioso administrativos el

valor de las mismas en cada caso concreto.

11. Si las entidades deberán efectuar el desalojo dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo para la entrega del inmueble.

## **CAPITULO CUARTO**

### **EL PROCESO AUDITOR Y LA RESPONSABILIDAD FISCAL EN OTROS CONTRATOS TIPICOS Y ATIPICOS.**

Para continuar con la forma de aplicación del control, en los diferentes contratos administrativos, es necesario que miremos ahora los demás contratos con sus respectivas características para el adecuado ejercicio del control fiscal y poder de esta manera declarar la posible responsabilidad que se derive durante los procesos de contratación y ejecución de estos contratos.

Pero el propósito no es solamente estudiar los contratos que la doctrina a denominado a clasificados como típicos, sino que conforme a esa misma clasificación nos detendremos en el análisis de los contratos atípicos cuando una de las partes es el estado. *“la legislación civil y comercial propone la existencia de una clasificación de contratos, señalando en primer término que aquellos que son nominados y regulados por la ley, forman parte de los contratos típicos mientras que aquellos que sin estar prohibido, quedan a la discrecionalidad de las partes, pactados conforme a los principios de la autonomía de la voluntad, entonces no ubicaremos en el concepto de los contratos atípicos”.*

Para efectos de este estudio, no sólo es importante abordar los contratos típicos para efecto de la responsabilidad fiscal y del proceso auditor, sino que, resulta igualmente importante

estudiar los contratos atípicos y la aplicación del proceso auditor tomando como consideración cuando una de las partes negociantes de estos contratos es una entidad que lo hace con cargos a los recursos públicos, las normas del derecho privado se les debe aplicar de conformidad con los principios del derecho administrativo, aunado a que en cuanto al régimen jurídico aplicable a estos contratos, la doctrina no es pacífica en el tema.

## **1. En los contratos típicos:**

Los primeros contratos que estudiaremos desde la vista del control fiscal, son aquellos regulados por el EGC, que *“por vía enunciativa define alguno de los actos jurídicos que pueden realizar las entidades estatales”*.

“El carácter meramente enunciativo de la prescripción refuerza la aplicación supletiva de las disposiciones civiles y comerciales sobre la materia, en lo no previsto expresamente en las regulaciones del estatuto contractual, especialmente en la que dice relación con la nominación de dichos actos y la característica de la unificación de la categoría de los contratos de la administración”.

### **1.1. Contrato de consultoría:**

El numeral segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de consultoría como aquellos *“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”.*

Cada una de las modalidades del contrato de consultoría tiene sus propias características, y por tanto, la forma como debe auditarse cada contrato varía en relación a la naturaleza del contrato de consultoría. No obstante lo anterior, el proceso de selección por el cual se elige a los consultores es el concurso de méritos para todas las actividades antes mencionadas, incluyendo los proyectos de arquitectura.

Los contratos de consultoría, obedecen a que los servicios que se contratan con ellos son de aquellos que requieren de gran técnica o científicas etc., de carácter especial, y por tanto su proceso de selección debe obedecer a estos criterios a fin de escoger a la persona que acredite mayor capacidad técnica para la formulación de proyectos. Sobre el proceso de selección para la escogencia de consultores, el Consejo de Estado ha dicho que “Es un procedimiento de selección del co-contratante por oposición y en razón de la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre los representantes o intervinientes. Si bien el concurso tiene el substrato común de la licitación pública y de los demás procedimientos de contratación, difiere de ellos en que la oposición emergente de la concurrencia no tiene en vista las condiciones de orden técnico-económico-financiero, sino las condiciones de orden técnico-personal. (...). “En otros términos, es un medio de selección de la persona más idónea para ejecutar una prestación pública, de allí que se tenga en cuenta preferentemente las condiciones personales del candidato, v. gr., para proveer un cargo de profesor universitario, para realizar una maqueta de un monumento, proyecto o esbozo o bosquejo de obra, etc., y su aplicación primordial sea a los contratos intuitu personae en que las cualidades técnico-subjetivas sirven de mérito para la selección”.

El concurso de méritos para la escogencia de consultores o proyectos, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, se podrá utilizar sistemas de concurso abiertos o de precalificación. Y, aclara la norma que *“En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso”*.

Evidentemente, el proceso auditor debe contener la evaluación sobre todo el desarrollo del proceso de selección, las características que debe contener el tipo de propuesta, el contenido de los pliegos de condiciones, la estimación del costo de los servicios y el respectivo sustento en las disponibilidades presupuestales, la conformación del comité asesor y demás requisitos del proceso de selección regulado en el Decreto 2474 de 2008 y el 2025 de 2009 *“por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2474 de 2008 y se dictan otras disposiciones”*.

Para la estimación del valor de los servicios de consultoría y la revisión de la propuesta económica presentada por cada proponente, la entidad estatal debe tener en cuenta que esta debe ser indicada en pesos colombianos, en la que se incluirá el valor del Costo Básico de la Propuesta, el valor del IVA y el Costo Total de la Propuesta, el cual debe cubrir todos los costos en los que vaya a incurrir durante el desarrollo del contrato, expresada en números

El valor del Costo Total de la Propuesta, debe cubrir todos los costos directos e indirectos derivados de los trabajos. Deberá cubrir, entre otros, el costo de las actividades preliminares que se requieren para la iniciación del contrato, los sueldos, jornales y prestaciones sociales del personal vinculado a la Consultoría; los honorarios, asesorías en actividades objeto del contrato, gastos de viajes, horas extras, transportes, computadoras, equipos de topografía,

ensayos de laboratorio, los monitoreos de agua, aire y ruido requeridos por la Secretaría Distrital de Ambiente y los costos que implique el manejo social y ambiental del contrato, los impuestos legalmente a su cargo, las deducciones a que haya lugar y en general todo costo en que incurra el Consultor para la ejecución de los trabajos, la utilidad del Consultor y el Impuesto al Valor Agregado IVA.

Para el caso del IVA, es importante que en cada propuesta se indique si la persona que la presenta es responsable del IVA, caso en el cual debe informarlo en documento adjunto que certifique tal circunstancia. El mal cálculo de la tarifa del IVA o la ausencia de esta en la propuesta económica no genera el rechazo de la propuesta del IVA, toda vez que el IVA es de regulación legal y su valor porcentual corresponde al establecido en el Estatuto Tributario; por lo cual, la entidad verificará el cálculo del valor correspondiente a la tarifa del IVA y efectuará la corrección necesaria y el valor corregido será el tenido en cuenta para la elaboración del contrato que se genere como resultado del presente proceso de selección. Para esos efectos, la entidad podrá realizar una verificación aritmética partiendo del costo básico relacionado en la propuesta, para así, calcular el valor del IVA teniendo en cuenta la tarifa porcentual establecida en el Estatuto Tributario y el costo total de la propuesta, sin dejar de lado que la única corrección que a la entidad les está permitido realizar al valor básico propuesto es el ajuste al peso bien sea por exceso o por defecto, teniendo en cuenta que, no obstante el precio no es un factor de escogencia o selección, si en la propuesta se señala un valor del costo básico superior al 100% del valor del costo oficial básico estimado, serán rechazadas, al igual que la omisión de la presentación de la propuesta económica.

#### **1.1.1. Contrato de consultoría para los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión.**



Los proyectos prioritarios de inversión hacen parte del plan de inversión de los planes de desarrollo formulados en la Ley 152 de 1994, *“por la cual se establece la ley orgánica del plan de desarrollo”*. Estos proyectos son una herramienta para la planeación que serán financiados con recursos del respectivo presupuesto de la entidad territorial.

Los proyectos que hacen parte de los planes de desarrollo, se encuentran sometidos a la evaluación que para el caso realice cada órgano de control, en efecto el artículo 27 de la Ley 152 de 1994, establece que *“los Ministerios, Departamentos Administrativos, la Contraloría, la Procuraduría, la Veeduría, la Registraduría, la Fiscalía y las entidades del orden nacional deberán preparar y evaluar los programas que vayan a ser ejecutados, en desarrollo de los lineamientos del plan y para el cumplimiento de los planes de acción”*. Estos proyectos, deben resultar de una debida formulación y planeación de modo que garantice los resultados esperados y la eficiencia en la ejecución del gasto mediante la optimización de los recursos públicos.

En cuanto al control fiscal, los contratos de consultoría para los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, será aplicable preponderantemente un control fiscal macro, sobre la política pública en la formulación de los proyectos, pero no debe olvidarse que al contrato en particular se le aplican los principios del control fiscal micro.

Para el control fiscal, estos contratos son necesarios en la medida que garantizan la aplicación del principio de planeación toda vez que *“para asignar mejor los recursos se requiere mayor información sobre la rentabilidad (financiera, económica y social) de los proyectos e idear mecanismos que permitan programar la inversión en función de dichas rentabilidad”*. Igualmente, denotan mucha importancia este tipo de contratos debido a que con ellos se quiere verificar todas las condiciones sobre las cuales se desarrollaran los contratos que tendrán por objeto los

proyectos de infraestructura, productivos, sociales etc.; es decir, con la suscripción y ejecución de estos contratos la administración cuente con los soportes económicos, jurídicos, técnicos, ambientales, políticos, sociales que le permitirán una adecuado formulación de la política de inversión pública en la asignación de los recursos.

El objeto en estos contratos de consultoría, básicamente consiste en contar con los estudios que le permita a la administración identificar y selección un proyecto de inversión. “La identificación del proyecto se fundamenta en la explicación de los aspectos principales del problema o necesidad y el planteamiento de las posibles alternativas de solución, o la forma como se puede aprovechar una oportunidad”. La selección del proyecto, denota gran responsabilidad y por tanto es un poco complejo el proceso de selección de determinado proyecto, toda vez que *“los objetivos no suele estar bien clarificados no jerarquizados en los planes y programas de desarrollo y que tampoco es fácil identificar a los beneficiarios (o víctimas) y, principalmente, porque los recursos suelen ser inferiores a las necesidades, lo que determina que ciertos proyectos escogidos, supongan el sacrificio de otros. (Costo de oportunidad)”*.

#### **1.1.2. Contrato de consultoría para estudio de diagnostico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos.**

Los estudios de diagnostico, prefactibilidad y factibilidad al igual que los estudios anteriores, son un requisito para la ejecución de los proyectos de inversión, que para esta fase ya las entidades públicas tiene definidos cual es el proyecto específico el cual ha sido determinado mediante los estudios previos que analizamos en el punto anterior.

Con los resultados de estos contratos, la administración claramente puede establecer los objetivos del proyectos y desagregar a detalle cada componente del mismo; estos estudios

permiten determinar con mayor exactitud las condiciones técnicas, económicas, financieras ambientales, jurídicas del proyecto respectivo.

*“En esta etapa se depuran, en un mayor grado de detalle, los aspectos de consumo, técnicos, financieros, institucionales, administrativos y ambientales elaborados en la fase anterior (para cada alternativa o variante), y acudiendo si es preciso a información primaria para algunas variables consideradas como relevantes, con el fin de contrastar las hipótesis inicialmente planteada”.*

*“Al terminar el estudio de prefactibilidad se espera, entonces, o mejorar el nivel de información para tomar una decisión más ponderada y pasar al estudio de factibilidad, o proceder al diseño definitivo para ejecutarlo, o abandonar el proyecto de manera temporal o definitiva al no presentar ventajas comparativas que ameriten su ejecución”.*

Es justamente en los resultados arrojados por estos estudios, en donde los órganos de control colocan especial atención; pues, si los estudios no arrojan resultados favorables para la ejecución del proyecto específico, la administración no puede hacer caso omiso a los resultados de estos estudios y proceder con la actuaciones administrativas tendientes a la ejecución del respectivo proyecto; pues en este caso se estaría en una violación flagrante del principio de planeación.

De otro lado, si los estudios de prefactibilidad no arrojan una resultados claros ni una alternativa fija sobre la ejecución del proyecto, los estudios deben entonces mejorar su nivel de información que permita que mediante estudios de factibilidad se pueda establecer de manera definitiva las ventajas de la ejecución del proyecto.

*“Cuando persisten dudas en torno a la viabilidad del proyecto en algunos de sus aspectos fundamentales, se*

*procede a depurar la información que permita otorgar mejores y más confiables soportes a los indicadores de evaluación. La decisión de pasar de la etapa anterior al estudio de factibilidad debe ser tomada por las altas jerarquías, pues siempre implica su elaboración altos gastos financieros y consumo de tiempo y puede en muchos casos, acarrear considerables costos políticos (en el caso de proyectos de gran complejidad como vías troncales, hidroeléctricas, sistemas de transporte masivo, etc.)”.*

*“En efecto, del estudio de factibilidad se puede esperar, o abandonar el proyecto por no encontrarlo suficientemente viable o conveniente; o mejorarlo, elaborando un diseño definitivo, teniendo en cuenta las sugerencias y modificaciones que surgirán de los analistas representantes de las alternas fuentes de financiación, o de funcionarios estatales de planeación en los diferentes niveles, nacional, sectorial, regional, local o empresarial”.*

*“El estudio de factibilidad es un trabajo inteligente en el que concurren talentos diferentes especializados en las más diversas áreas según su magnitud y complejidad, lo que supone altos costos y tiempo suficiente para su realización, por lo tanto solamente la alternativa seleccionada en el nivel anterior se somete a estudio de factibilidad”.*

Estos contratos son de gran importancia, toda vez que los proyectos de inversión del estado no pueden ser producto de la improvisación y son necesarios para cada proyecto en particular teniendo en cuenta en materia de ingeniería no hay proyectos iguales y evitan que se haga una mala asignación de los recursos públicos disminuyendo el riesgo a que los proyectos fracasen.

### **1.1.3. Contrato de consultoría para la asesoría técnica de coordinación, control y supervisión.**

El párrafo del artículo 54 del decreto 2474 de 2008, define que se entiende por labores de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión en los siguientes términos: *“Por labores de asesoría, y de asesoría técnica de coordinación, control y supervisión a que se refiere el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 entiéndase las llevadas a cabo con ocasión de la construcción, el mantenimiento y la administración de construcciones de edificios y viviendas de toda índole, de puentes, presas, muelles, canales, puertos, carreteras, vías urbanas y rurales, aeropuertos, ferrocarriles, teleféricos, acueductos, alcantarillados, riego, drenajes y pavimentos; oleoductos, gasoductos, poliductos, líneas de conducción y transporte de hidrocarburos; líneas de transmisión eléctrica, y en general todas aquellas actividades relacionadas con la ingeniería a que se refiere el artículo 2 de la Ley 842 de 2003. Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad pueda realizar contratos de prestación de servicios profesionales para apoyar la labor de supervisión de los contratos que le es propia, siempre que las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.*

Estos contratos son celebrados para obtener por parte de la administración un estudio técnico, sobre avances o el estado de una obra o actividades de las descritas anteriormente, con el objeto de obtener un diagnóstico sobre el estado de las mismas a fin de realizar actividades tendientes a preservar su utilidad. Igualmente, es común ver la celebración de estos contratos para realizar seguimiento a la estabilidad de las obras que realiza una entidad, en donde por la cantidad de las mismas es necesario hacerles seguimiento continuo a fin de poder contar con certeza en caso de llegarse a presentar daños en la estructura.

Lo importante en estos contratos para efectos del control fiscal, es que es probable que los mismos lleguen a confundirse con contratos de prestación de servicios y en consecuencia el proceso de selección que utilicen para elegir al contratista no sea al previsto por la ley. Por consiguiente es preciso aclarar el proceso de selección para este tipo de asesoría es el

concurso de méritos toda la vez, que los contratos de prestación de servicios teniendo en cuenta sus distintas categorías, su objeto es apoyar en las distintas labores administrativas de la entidad, mientras tanto, estos son contratos típicos de consultoría y no es posible su contratación directa, salvo el caso de mínima cuantía.

#### **1.1.4. Contrato de Interventoría y Supervisión**

Como lo hemos propuestos desde el principio de esta obra, su propósito no es estudiar cada tipología contractual de manera aislada, sino que el objetivo propuesto se limita a estudiar cada uno de esos contratos desde el punto de vista de la responsabilidad fiscal. Bajo estos presupuestos, en tratándose de los contrato de interventoría lo importante para este capítulo es estudiar el régimen de responsabilidad de los consultores en conjunto con la de los servidores públicos que adelantan los procesos de contratación de la administración pública.

La interventoría, corresponde a una actividad específica que se requiere debido a la necesidad para obtener mejor calidad en las obras contratadas contribuyendo al cumplimiento de la finalidad del Estado. Como contrato estatal, la interventoría *“es considerada como un trabajo específico a realizar por profesionales de la arquitectura o de la ingeniería, como personas naturales o jurídicas especializadas, para el control de los proyectos tanto en estudios técnicos, como en la construcción, recalcando la calidad del interventor como representante de la entidad o persona contratante ante el constructor, marcando las condiciones de la relación con el contratante y con el constructor y estableciendo el nivel de responsabilidad por acción u omisión en el cumplimiento de las obligaciones interventoriales”*.

Para abordar el estudio sobre la responsabilidad de los consultores, encontramos en el EGC, las previstas en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con los

numerales que aplican del artículo 26 *ibíd.*, en especial el numeral 8°.

Desde la interpretación de las anteriores disposiciones, tenemos que el EGC, señaló que los interventores responderán por la correcta ejecución de las obligaciones pactadas en el contrato, llevando a que el interventor y todos los contratistas de la administración cumplan con todas las obligaciones adquiridas con la suscripción del contrato, en oportunidad logrando eficacia en la gestión pública que adelantan las entidades del Estado no sólo desde el punto de vista contractual sino también como coadyuvante con la entidad pública en el cumplimiento de los fines del Estado en el marco de la constitución y la ley.

En cuanto a la labor del interventor, es importante hacer precisión sobre sus calidades y de allí denotar que del cumplimiento de sus obligaciones se puede generar gestión fiscal y por ende sujetos de responsabilidad fiscal. Sobre el tema debemos decir que no es nada fácil, establecer este tipo de responsabilidad de los interventores, pues no a todos los particulares por el ellos de mantener una relación contractual con el Estado son sujetos de control fiscal. En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.

Es así, como los entes de control fiscal deben tener presente al momento de investigar y adelantar los procesos de responsabilidad fiscal a los interventores, que estos, no son gestores fiscales aun cuando la gestión fiscal pueda ser realizada por servidores públicos o particulares en ejercicio de gestión fiscal o con ocasión de esta.

La Contraloría General de la República, por intermedio de la oficina jurídica, mediante el concepto 80112- EE52223, proferido el 20 de diciembre de 2004, estableció que era

procedente la declaratoria de responsabilidad fiscal de los interventores en los siguientes términos:

*‘Es importante señalar que el interventor no toma las decisiones, pues este actúa como un delegado de la administración y responde por las acciones u omisiones que le fueren imputables y que causen daño o perjuicio respecto de los contratos en los cuales haya ejercido funciones de interventor.*

*El interventor debe adelantar la labor encomendada a fin de propiciar el mejor escenario en beneficio de los intereses estatales, la interventoría es fundamental, pues permite corregir errores si se está incurriendo en ellos, modificar algunos aspectos cuando se denota que los mismos pueden acarrear perjuicios en la ejecución del contrato, determinar en el caso de la interventoría de obras, si el contratista está capacitado para desarrollar la misma, continuarla y concluirla, si el servicio se está prestando en los términos pactados y como se requiere, si el bien que se recibe ofrece las condiciones de calidad, cantidad y características exigidas en el contrato, en estas condiciones la interventoría permite en la ejecución del contrato la toma de decisiones a tiempo y en la forma correcta que eviten daños e inconvenientes en la ejecución del objeto contractual y erogaciones innecesarias.*

*Dentro de un marco ceñido a la legalidad el interventor no es gestor fiscal, no obstante, si éste incurre en omisiones o realiza actuaciones que conlleven perjuicio a la entidad estatal, o no se advierte a la administración, para que se realicen las actuaciones a que haya lugar tendientes a evitar el daño, podría considerarse la imputación de responsabilidad fiscal por la indebida ejecución de las obligaciones que le fueron encomendadas de acuerdo con su perfil profesional unido a la experiencia adquirida en ejecuciones anteriores, pues no podría alegar su propia culpa la entidad si no realizó una acertada escogencia del interventor.*



*Lo anterior, dentro de un análisis estricto de las funciones del interventor, y los resultados de sus actuaciones, pues como ya se dijo debe evaluarse la clase de interventoría de acuerdo con el tipo de contrato”.*

De otro lado, una vez analizada la responsabilidad fiscal de los interventores, es conveniente ahora analizar el contrato de interventoría como tal desde la vista del control fiscal.

De conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008, el proceso de selección para contratar las interventorías, es el concurso de méritos como bien se explicó al inicio de este capítulo, no obstante lo anterior, el inciso tercero del artículo 54 del Decreto 2474 de 2008, que posteriormente fue modificado por el artículo 6° del Decreto 2025 de 2009, estableció que *“cuando el presupuesto estimado de los servicios de consultoría sea inferior al 10% del valor correspondiente a la menor cuantía de la entidad contratante, la selección del consultor o al proyecto se hará de conformidad con los criterios que la entidad haya establecido en la invitación respectiva, con base en la experiencia del proponente o en el equipo de trabajo, según se satisfagan las condiciones requeridas en la ejecución de la consultoría de que se trate. La invitación deberá formularse a un mínimo de tres (3) personas, e incluirá los criterios de habilitación y selección que la entidad considere necesario”*

En cuanto al contrato de interventoría, queremos en primer lugar hacer precisión en cuanto al plazo del contrato. Como punto de control de las contralorías, es convenientes que los servidores públicos que tienen por funciones ejercer el proceso auditor a estos contratos y por supuestos los encargados planear el contrato de interventoría como también aquellos encargados de adelantar el proceso contractual, es necesario que se tenga en cuenta que los contratos de interventoría deben tener un plazo igual al plazo del contrato a intervenir y un

término adicional que será determinado por la entidad y dependerá de las características del proyecto a ejecutar.

El tema se encuentra un poco más complejo cuando, el contrato de obra a intervenir cuenta con varias fases, de esta forma, la duración de los contratos de interventoría sobre los contratos de obra que contengan las etapas de preconstrucción, construcción, se deberá determinar de tal forma que su vigencia cubra la ejecución de las de todo el contrato, no siendo posible celebrar varias interventorías para la ejecución de cada una de las etapas señaladas, evitando igualmente que durante la fase postcontractual el contrato sobre el que se ejerce la interventoría se quede sin interventoría, pues luego de vencido el plazo de ejecución es evidente que aún quedan algunas obligaciones que sólo pueden cumplirse por fuera del plazo del contrato y hasta su liquidación.

Los interventores según el objeto y las obligaciones, son los representantes, técnicos, científicos, administrativos, ambientales, sociales y legales de la Entidad contratista en el contrato vigilado, por tanto, no hay responsabilidad fiscal que sea posible asignar a funcionarios públicos encargados de gestionar contratos estatales, que no pase por la acción u omisión del interventor ya sea persona natural, jurídica, externo o interno de la Entidad, a menos que haya una causal excluyente de responsabilidad, o que la causa del daño esté por fuera de las obligaciones adquiridas en el contrato de interventoría o del acto que encargue tales actividades, funciones u obligaciones.

De tal manera que el interventor, no podrá asignar o exculpar el incumplimiento de sus obligaciones, sus acciones u omisiones en la Entidad pública, si la obligación generadora del daño estaba atribuida de manera expresa en su contrato de interventoría. Tengamos en cuenta que los interventores, en ocasiones para no asumir la responsabilidad que les

corresponde, ejercen sus actividades de tal manera que siempre encontrarían excusas para atribuirle a la administración la responsabilidad, ignorando que la ley estableció las interventorías precisamente para que en nombre de la Entidad cumpliera con tales obligaciones, dada la imposibilidad material de la Entidad pública de vigilar a detalle y de vigilar el día a día de la ejecución del contrato. De no ser así se justificarían las interventorías.

Ténganse en cuenta que conforme al artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, los contratos de consultoría pueden ser exclusivamente de interventoría o contrato de supervisión, o puede ser un contrato de interventoría y de supervisión, es decir, que su objeto contiene los dos componentes. El objeto de los contratos de interventoría, consiste 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; por su parte, el contrato de supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados.

Por regla general, no es concurrente en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventora, pero es posible desde la perspectiva legal, que la Entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor. El contrato de interventoría será supervisado directamente por la Entidad pública.

#### **1.1.5. Contrato de consultoría para la asesoría técnica en gerencia de obra o**

**proyectos.**

Se trata de una de las modalidades del contrato de consultoría, en donde las actividades y obligaciones constituyen en el ejercicio de actividades intelectuales. La asesoría técnica consiste en que el consultor en razón a sus conocimientos especializados desarrolla unas actividades de tipo técnico, científico, ambiental, social, predial, para elaborar productos e insumos que le sirvan a la administración para tomar decisiones administrativas.

La gerencia de obra o de proyectos especiales, igualmente consiste en aquel contrato de consultoría, cuyas actividades y obligaciones hacen relación a la implementación de herramientas e instrumentos para gerencia una obra o un proyecto específico. Se contrata con un consultor, cuando la administración por motivos justificados de estrategia del proyecto u obra, condiciones específicas o especiales contrata un consultor que le imprima a la obra o el proyecto la prioridad y la atención especial, su connotación, inspección, vigilancia para asegurar su efectividad, eficacia, eficiencia, consistencia y materialización.

#### **1.1.6. Contratos de consultoría para la dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.**

Los contratos de estudios y diseños, corresponden a aquellos que tiene por objeto establecer los parámetros y detalles de un proyecto, estableciendo un esquema del respectivo proyecto. Los diseños son necesarios en la medida que ellos establecen los planos o bosquejo que permiten valorar el alcance de la obra, redes, etc.

Los diseños como requisito previo para abrir procesos de selección, deben ser suficientes y necesarios para que los participantes en el proceso de selección, la ciudadanía en general y

entes de control, conozcan y puedan valorar el alcance de las obras previstas para contrato a adjudicar.

Para efectos del control fiscal, es importante señalar, que la información de estudios y diseños disponible para los oferentes son los necesarios para poder construir las ofertas, y que con ellos todos los oferentes en el proceso de selección puedan elaborar y presentar sus ofertas garantizando el principio de igualdad de los proponentes.

En tratándose de planos, diseños o anteproyectos, la información al detalle sobre los mismo de manera definitiva es muy compleja y de allí la necesidad de realizar ajustes a los mismos como una consecuencia lógica de la satisfacción del interés público y para alcanzar los fines estatales, circunstancia que se adecua a los establecido en el numeral 3º del artículo 26 del EGC, cuando establece que los diseños deben ser los necesarios para abrir el proceso de selección, pero no podemos interpretar esta disposición como si los diseños fueran definitivos en un ciento por ciento toda vez que las condiciones en las cuales se realizaron dichos planos muy probablemente varían con el tiempo en la época de apropiación de los diseños por parte de constructor.

De lo anterior, tenemos que la administración se encuentra habilitada para ajustar los estudios y diseños originales, cuando se detecte que estos resultan inadecuados. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha manifestado:

*“La contratación, entendida como un instrumento para alcanzar los fines estatales y satisfacer el interés público, hace que la administración se encuentre facultada para modificar los diseños y estudios previstos inicialmente para la ejecución de una obra pública, cuando éstos adolezcan de errores o sean insuficientes o inadecuados, independientemente de la responsabilidad que ello pueda*

*generar”.*

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, sobre este punto, prevé que *“los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan funciones de consultoría, interventoría o asesoría”.*

*“Por consiguiente, si técnicamente se determina que las fallas o errores en los diseños son imputables al consultor contratado para el efecto, y no a las deficiencias en los términos de referencia bajo los cuales se celebró el contrato de consultoría, la administración municipal deberá llamarlo a responder por los perjuicios que se deriven de sus actos, hechos u omisiones. Recuérdese que la responsabilidad del consultor se predica en razón a las obligaciones y a su rol dentro de la actividad contractual, ya que de la diligencia y cabal cumplimiento del contrato de consultoría depende la estructuración del pliego de condiciones que rige la contratación de la obra pública consiguiente”.*

## **1.2. El Contrato de prestación de servicios.**

De acuerdo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios son *“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”.* Y que además, *“en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.*

Según la definición antes transcrita de la Ley 80 de 1993, estos contratos sólo podían celebrarse con personas naturales, de la misma forma como lo entendió la jurisprudencia constitucional, pero el Decreto 165 de 1997 había dado la posibilidad de que estos contratos puedan celebrarse con personas naturales o jurídicas. Así mismo, las disposiciones del decreto 2209 de 1998, que modificó parcialmente de los decretos 1737 de 1998, que fue modificado a su vez por el decreto 212 de 1999, y el decreto 1738 de 1998, disposiciones que facultaron para que los contratos de prestación de servicios fueron celebrados con personas jurídicas.

En el ordenamiento jurídico colombiano existen distintas clases de contratos de prestación de servicios las cuales dependen de la naturaleza jurídica del asunto a tratar; esto es, si se trata de un asunto de carácter civil, o comercial, o laboral. Los contratos de prestación de servicios serán privados si los celebran particulares entre sí; y serán estatales si una de las partes es una entidad estatal. Debido a que los contratos que son objeto del presente capítulo son contratos de prestación de servicios celebrados por la administración sólo será esta clase de contratos la que será abordada en el presente escrito.

El contrato de prestación de servicios es un contrato que tiene por objeto realizar, con personas naturales o jurídicas, actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de una entidad pública cuando ellas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Las características que presenta el contrato de prestación de servicios son las siguientes:

*“La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con*

*la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

*La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.*

*La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.*

*Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales del contrato de trabajo (...) surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas de las relaciones de trabajo.”*

La celebración de esta clase de contratos es indispensable para la administración debido a la necesidad apremiante que tiene de cubrir las deficiencias que no pueden ser subsanadas con el personal de planta. Por lo anterior, es *“que cuando el Estado requiera de personal diferente a aquél que se encuentra previsto en su planta de personal, cuenta con autonomía para contratar, razón por la cual los contratos estatales no son un fin en sí mismo sino un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz”*.

Sin embargo esta autonomía para contratar, que está respaldada en la autonomía de la voluntad, es reglada en la medida en que sus fines los establece el orden jurídico público, limitando así la independencia de las entidades estatales. Esta limitación se demuestra con el hecho de que la decisión de contratar o no, no es una facultad discrecional de la administración, sino que viene impuesta por la necesidad del servicio. Igualmente la escogencia del contratista debe obedecer a una selección objetiva y *“la fijación del precio, el*



*plazo y las condiciones generales del contrato no pueden corresponder al mero arbitrio del administrador, sino que deben estar acordes con la naturaleza, duración y condiciones del contrato, buscando siempre la defensa del erario y procurando la calidad de los servicios u obras contratadas”.*

No obstante lo anterior, de acuerdo con la Corte Constitucional la limitante mayor a la autonomía contractual de la administración pública se refiere a que los contratos de prestación de servicios no pueden significar el ejercicio de funciones públicas de manera permanente.

En Sentencia C-154 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara, la Corte Constitucional al referirse a que la función de contratación administrativa es una función reglada señaló: *“Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación. Así, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley ; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo. Las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal.”*

### 1.2.1. Contrato de Prestación de Servicios en el Decreto Ley 150 de 1976

El primer Estatuto General de Contratación que hubo en Colombia fue el que se expidió por medio del Decreto Ley 150 de 1976. Ante la gran cantidad de normas existentes para distintos tipos de contratos y ante la necesidad de que crear una serie de principios generales que rigieran para la contratación pública en Colombia, correspondió al gobierno de Alfonso López Michelsen regularla en un sólo estatuto. En el año 1974 el Congreso de la República expidió la ley de facultades extraordinarias que las atribuyó al Gobierno Nacional para regular el tema contractual. En virtud de esta ley el Gobierno expidió el Estatuto General de Contratación.

A partir de este momento empieza la codificación de una serie de principios, normas, tipologías, procedimientos y reglas, efectos y cláusulas de los contratos aplicables a toda la administración pública. De este Estatuto debe resaltarse que fue el primero que buscó clasificar los distintos contratos administrativos.

Este Decreto incluyó el contrato de prestación de servicios como uno de los contratos que podía celebrar la administración, (Art. 67) haciendo énfasis que este era un contrato especial cuya normatividad aplicable se desprendía del mismo Decreto. Esto se deduce del artículo 67 citado cuando menciona que: *“las normas del presente estatuto sólo son aplicables a los contratos señalados en el inciso anterior; las demás clases de contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos.”*

En el artículo 138 del Decreto 150 de 1976 se señaló, que el contrato de prestación de servicios era el *“celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante,*

*cuando las mismas no pueden cumplirse con personal de planta. No podrán celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas.”* Las personas naturales que celebraran esta clase de contratos sólo tendrían derecho a los emolumentos pactados y en ningún caso podrían pactarse el pago de prestaciones sociales, estos contratos sólo podrían celebrarse por un término máximo de cinco (5) años y con personas jurídicas o naturales con el fin de aprovechar conocimientos y aptitudes especiales de carácter técnico.

### **1.2.2. Contrato de Prestación de Servicios en el Decreto Ley 222 de 1983**

Al poco tiempo de haber sido expedido el Decreto Ley 150 de 1976, empezaron a aparecer vacíos en dicha legislación. Por ejemplo habían *“contratos que no habían sido lo suficientemente regulados: la exorbitancia debía precisarse y ampliarse con los derroteros jurisprudenciales; se había dejado en la incertidumbre en el régimen departamental y municipal; las nuevas formas de participación contractual que habían comenzado a nacer no estaban reglamentadas; las excepciones al proceso licitatorio debían ser más estrictas; la clasificación de contratos era insuficiente y precaria.”* En virtud de lo anterior, El Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron otorgadas por la ley 19 de 1982 del Congreso de la República, expidió en el año 1983 el decreto 222 por medio del cual se expidieron normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas. Este decreto tuvo la particularidad de establecer una dicotomía entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración. En el artículo 16 se clasificaron los diferentes contratos de la administración incluyendo el contrato de prestación de servicios personales como un contrato administrativo. La inclusión como un contrato administrativo tuvo dos implicaciones jurídicas. La primera de ellas consistía en que cualquier controversia que se suscitara en la ejecución de un contrato de prestación administrativo debía ser resuelta en la jurisdicción contenciosa administrativa.

La segunda, fortaleciendo el régimen jurídico de los contratos de prestación de servicios los cuales debían entenderse como un contrato administrativo típico distinto a los contratos de prestación de servicios celebrados por particulares.

En el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, se definió el contrato de prestación de servicios como aquel que era celebrado con personas naturales o jurídicas para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallan a cargo de la entidad contratante cuando las mismas no pudieran cumplirse con personal de planta. Así mismo, se señaló que los contratos de prestación de servicios no podrían ser celebrados para el ejercicio de funciones administrativas salvo que existiera una autorización expresa de la Secretaría de Administración Pública de la Presidencia o de la dependencia que hiciera sus veces.

El artículo 164 del mismo Decreto, señaló que eran contratos de prestación de servicios, entre otros, *“los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social, edición, publicidad, sistemas de información y servicios de procesamiento de datos, anegamiento de aduanas, vigilancia, aseo, mantenimiento y reparación de maquinaria, equipos, instalaciones y similares.”*

Del Decreto 150 de 1976, se mantuvo la prohibición de contratar por un término superior a cinco (5) años pero se incluyó en este término cualquier prórroga que se realizara al contrato. También se señaló que las entidades podrían celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales y jurídicas con el fin de obtener y aprovechar conocimientos especiales de carácter técnico y se añadió que los conocimientos también podían ser de carácter científico. En el caso de la remuneración se señaló que los contratistas sólo tendrían derecho a los emolumentos expresamente convenidos y que en

ningún caso se podría pactar el pago de prestaciones sociales.

Según el Consejo de Estado, el contrato de prestación de servicios en vigencia del Decreto 222 de 1993, era un contrato administrativo típico en virtud del cual “el contratista se comprometía a poner su fuerza de trabajo al servicio de la entidad contratante para la realización de una actividad específica relacionada con el cumplimiento de las funciones a cargo de aquella, obviamente a cambio de un pago, puesto que se trata de un contrato oneroso; es decir que la remuneración del contratista es un elemento esencial del contrato de prestación de servicios, puesto que sin ella, degeneraría en otra clase de contrato.”

### **1.2.3. Contrato de Prestación de Servicios en la Ley 80 de 1983**

En el año 1993, el Congreso de la República cumpliendo con la función constitucional impuesta por artículo 150 de la Carta Política expidió la Ley 80 de 1993. De acuerdo con Carlos Eduardo Naranjo Flórez, *“varios aspectos determinaron la obsolescencia del anterior régimen de contratos entre los cuales se destacan: a) la complejidad de la actividad del Estado y, por consiguiente, la necesidad de ampliar y regular diversos tipos de contratos y regímenes; b) la falta de unos principios orientadores para toda la actividad contractual del Estado; c) el impulso adquirido por la jurisprudencia en temas como los derechos y los deberes de las partes, régimen de inhabilidades, el principio de equilibrio de la ecuación contractual, la transparencia y publicidad de las decisiones oficiales, la participación comunitaria; d) los mecanismos de selección de contratista que ameritaban la regulación de las excepciones y un mayor control en toda la actividad precontractual de las entidades estatales (...) e) evitar los vacíos legales que permitieron el incremento de la corrupción; f) la creación de nuevos entes públicos no cobijados en el estatuto anterior, y por último, g) la necesidad de establecer regímenes especiales, con sus reglas para cierto tipo de contratos.”*

El contrato de prestación de servicios fue definido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 así:

*“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 o jurídicas cuando dichas actividades no puedan realizarse con el personal de planta o que requieran conocimientos especializados.*

*Estos contratos no generan en ningún caso relación laboral ni prestaciones sociales (...) se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

Como se puede ver, al igual que en las legislaciones anteriores se mantiene el concepto de que el contrato de prestación de servicios es el que se celebra con el objeto de desarrollar actividades con la administración o funcionamiento de la entidad. Adicionalmente, se mantiene el requisito normativo que señala que sólo podrán celebrarse estos contratos cuando las actividades mencionadas no puedan realizarse por personal de planta.

En las anteriores legislaciones se señaló que estos contratos también podrían celebrarse para aprovechar conocimientos especiales de carácter técnico y científico; sin embargo, el legislador de 1993 no limitó la condición de los conocimientos a asuntos técnicos y científicos ya que manifestó que era posible celebrar contratos de prestación de servicios cuando se requiriera de conocimientos especializados. Como se puede ver, la Ley 80 permitió la celebración de estos contratos cuando fuera necesario contar con los servicios de una persona natural o jurídica cuando se necesitara acompañamiento en cualquier área de conocimiento siempre y cuando la persona a contratar fuera especializada en la misma.

Si bien, lo anterior implicó un avance importante en relación con el contrato de prestación de servicios, quizá lo más novedoso que trajo este nuevo Estatuto General de Contratación fue el hecho de que introdujo un nuevo concepto de prestación de servicios como lo fue el contrato de prestación de servicios profesionales.

En el literal d, del artículo 24 de la Ley 80 se indicó que era posible prescindir de la utilización de licitación pública o concurso público la contratación para la *“prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas.”*

Esta nueva especie de contrato que se enmarcaba dentro del genero de contratos de prestación de servicios se introdujo en la Ley 80, sin embargo, como se explicará a continuación, fue el Gobierno Nacional, en uso de su facultad reglamentaria otorgada por el artículo 189 de la Constitución Política, quien por medio de la expedición del Decreto 2170 de 2002 definiría las características de este tipo contractual.

#### **1.2.4. Contrato de Prestación de Servicios en el Decreto 2170 de 2002**

En el artículo 4 del Decreto 2170 de 2002, el Gobierno señaló que *“para la contratación que tenga por objeto la prestación de servicios especializados, se hará uso de factores de calificación destinados a valorar primordialmente los aspectos técnicos de la oferta, así como la experiencia relevante del oferente en el campo de que se trate.”* Adicionalmente, en el artículo 13 del mismo artículo indicó que *“los contratos de prestación de servicios profesionales, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas (...) la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y*

*experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. De igual forma se procederá.”*

Como se puede ver, en el Decreto se incluyeron dos factores subjetivos que debían ser estudiados por una entidad estatal para contratar estos servicios directamente. Estos factores son i) idoneidad y ii) experiencia, los que definiré más adelante, lo importante es resaltar que en este Decreto se definieron las condiciones requeridas para celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales, nueva especie dentro del contrato de prestación de servicios que permitiría un apoyo calificado a todas las entidades estatales.

Por último, es importante mencionar que el Decreto 2170 definió una segunda clase de contratos de prestación de servicios que es aquella que se celebraba como apoyo a la gestión. Este contrato se diferenció del contrato de prestación de servicios profesionales en la medida en que para esta clase de contratos no condicionaba su celebración a la exigencia de conocimientos especializados por lo que se requería en cualquier caso que no hubiera personal de planta para desarrollar una actividad específica.

#### **1.2.5. Contrato de Prestación de Servicios en la Ley 1150 de 2007**

La ley 1150 de 2007, cuerpo normativo por medio del cual se introdujeron medidas de eficiencia y transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictaron disposiciones generales sobre la contratación con Recurso Públicos, incluyó la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, así como la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan determinarse a determinadas personas naturales dentro de aquellos contratos que podían celebrar las entidades estatales directamente. Esta fue la única mención que se hizo en esta Ley en



relación al contrato de prestación de servicios. Se debe aclarar que si bien el artículo 24, numeral 21 de la Ley 80 fue derogado, el artículo 32 de la misma ley que define este tipo contractual continúa vigente.

#### **1.2.6. Contrato de Prestación de Servicios en el Decreto 066 de 2008**

El Decreto 066 de 2008, fue expedido el día 16 de enero de 2008, fecha en la cual cobraría vigencia la Ley 1150 de 2007. Sin embargo este Decreto sólo estaría vigente hasta el 7 de julio de 2008 fecha en la cual sería derogado en su integridad, salvo el artículo de vigencias, por el Decreto 2474 de 2007.

No obstante lo anterior, debido a que estuvo vigente y fue implementado por las entidades estatales durante el tiempo que rigió, considero importante hacer mención a lo que este Decreto señalaba sobre el contrato de prestación de servicios.

En el artículo 81 del Decreto 066 de 2008 se dijo: *“Para la prestación de servicios profesionales la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. De igual forma se procederá para la celebración de contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad, los que sólo se realizarán cuando se trate de fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar. Los servicios profesionales corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad. Los servicios de apoyo a la gestión serán aquellos en los que la persona contratada realiza labores predominantemente materiales y no calificadas, para la*

*atención de necesidades de la entidad, sin que sea posible entender comprendida dentro de los mismos, la contratación de actividades que supongan la intermediación de la relación laboral, ni la contratación de empresas de servicios temporales”*

Este Decreto derogaría el Decreto 2170 de 2002 salvo los artículos 6, 9 y 24 del mismo. Algo importante que trajo en relación con este contrato es que distinguió los servicios profesionales a los servicios de apoyo a la gestión de acuerdo a la naturaleza de las actividades a desarrollar. Según este Decreto, los servicios profesionales eran aquellos en donde predominaba el factor intelectual, por el contrario, los contratos de apoyo a la gestión eran aquellos en donde se desempeñaban actividades materiales. Esta clasificación sería derogada por el Decreto 2474 de 2008.

#### **1.2.7. Contrato de Prestación de Servicios en el Decreto 2474 de 2008.**

Como se explicó, el Decreto 2474 de 2008 derogaría el Decreto 066 de 2008 el cual sólo estuvo vigente por un poco menos de siete meses. Sin embargo el Decreto 2474 de 2008 mantuvo vigente el artículo 83 –de las vigencias- del Decreto 2474 de 2008 en donde se derogaba el Decreto 2170 de 2002 salvo los artículos 6, 9 y 24 del mismo.

En lo relacionado con el contrato de prestación de servicios, el artículo 82 del Decreto reglamentario indicó que para la *“prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, la entidad estatal podrá contratar directamente con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate, sin que sea necesario que haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto deberá dejar constancia escrita. Los servicios profesionales de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del*

*cumplimiento de las funciones de la entidad. Para la contratación de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, la entidad justificará dicha situación en el respectivo contrato.”*

Este Decreto mantuvo la clasificación en contratos de prestación de servicios profesionales y prestación de servicios de apoyo a la gestión incluida en el Decreto 2170 de 2002, así como algunos de los requisitos y condiciones necesarias para su contratación.

Teniendo en cuenta que los contratos de prestación de servicios son de aquellos que pueden clasificarse dentro de los contratos de prestación de servicios profesionales, a continuación se indicará en que consisten y que se requiere para su celebración.

**1.2.8 El Contratista de prestación de servicios conforme a la Ley 1474 de 2011 es sujeto disciplinable, gestor fiscal y responde en materia penal conforme al régimen de los servidores públicos.**

Los contratistas de prestación de servicios en cualquiera de sus modalidades, conforme al artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, son sujetos disciplinables cuando quiera que conforme al objeto y a las obligaciones adquiridas por el contratista ejerzan funciones públicas o administrativas ya sea de manera permanente o transitoria. Se les aplica el régimen de los particulares previstos en el artículo 53 y las faltas del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, modificadas por el artículo 1474 de 2011, de tal manera que si el contrato de prestación de servicios se utiliza para contratar asesoría jurídica, administrativa, técnica, científica, social, ambiental, económica, financiera, ya sea a través de contratos de prestación de servicios de asesoría externa, profesionales, de apoyo a la gestión, especializada cualquiera

denominación o apellido que se le dé, son sujetos disciplinables ya que las labores de asesoría a la gestión, actuaciones, funciones, obligaciones, cometidos estatales, o denominación que se le dé, implica el ejercicio de una función pública. Ello es lo que quiere decir el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, cuajo modifica el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, que le asigna responsabilidad penal, fiscal y disciplinaria derivadas del contrato de consultoría o asesoría. Cuando habla de contrato de asesoría no distingue la naturaleza o apellido que se le asigne, esto es que si se trata de los contratos de prestación de servicios externos, contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, contratos de asesoría especializada o contratos de prestación de servicios profesionales de todas maneras están sujetas a la acción disciplinaria de la que es titular la Procuraduría General de la Nación.

Ello encuentra justificación en la medida en que el Estado acude excepcionalmente a ellos con la finalidad de suplir falencias que no puede hacer con personal de planta de la entidad, ya por insuficiente o porque no tiene el conocimiento o la experiencia especializada que ello exige, y los productos que elabore o sobre los cuales ejerce la asesoría son la causa eficiente para la toma de decisiones, y su responsabilidad disciplinaria está dada en la medida en que si el servidor público responde por las decisiones que tome en un asunto particular con mayor razón quien con su conocimiento especializado y en virtud de un contrato especialísimo lo indice a acoger su asesoría, concepto o dictámen y tomar la decisión en nombre de la administración pública.

#### **1.2.9. Contrato de prestación de servicios profesionales.**

La calificación de profesionales incluida en el contrato de prestación de servicios se mencionó por primera vez en la Ley 80 de 1993. Sin embargo, sería en el Decreto 2170 de 2002 en donde se aclararía en que consistía esta nueva especie de contratos así como el

procedimiento de contratación. En la actualidad los contratos de prestación de servicios profesionales encuentran su sustento legal en el Ley 1150 de 2007 y en el Decreto 2474 de 2008, en este último se mencionan tanto las condiciones subjetivas que se deben evaluar para celebrar este tipo de contrato, que en cualquier caso siempre se hará directamente.

De acuerdo con Jaime Orlando Santofimio Gamboa, los contratos de prestación de servicios profesionales son aquellos que *“se celebran con personas naturales o jurídicas que puedan ser calificadas como profesionales (abogados, economistas, universidades, etc.), siempre serán de contratación directa con independencia de su cuantía.”* Adicionalmente, señala que *“si nos encontramos ante la hipótesis de una contratación de prestación de servicios profesionales, a la que adicionalmente se le incorpora la exigencia de que el proponente sea altamente especializado en aspectos técnicos y con experiencia relevante en el área de interés de la administración, el procedimiento variaría (...) en favor exclusivo de la contratación directa, en cuanto esta contratación dependería de lo dispuesto en el literal del artículo 24 I. (...) En este sentido, cuando el interés de la administración sea tener un contratista que le preste servicios especializados en asuntos altamente técnicos y con experiencia en el área de las necesidades públicas deberá privilegiar para su escogencia variables y factores de (sic) le permitan seleccionar al mejor en estos aspectos.”*

Se trata entonces de contratos de prestación de servicios que exigen un alto nivel de especialización en el área de interés de la entidad pública y que debido a esta condición es posible contratar directamente. Ahora bien, contratación directa no significa contratación “a dedo”. La contratación directa debe respetar el principio de selección objetiva razón por la cual la entidad debe verificar la idoneidad y experiencia del posible contratista para dar cumplimiento a los objetivos de la entidad y en consecuencia a los fines estatales.

En consecuencia la selección del contratista debe obedecer a criterios de i) idoneidad y ii) experiencia los cuales deberán ser evaluados por la entidad para garantizarle que quien

preste el servicio sea uno de los mejores en la materia requerida.

#### **1.2.9.1. De la selección del contratista de prestación de servicios.**

Actualmente, el procedimiento de contratación para la selección del contratista de prestación de servicios profesionales se encuentra en el artículo 82 del Decreto 2474 de 2008. Sin embargo, es importante señalar que desde el año 2002, con el Decreto 2170 se establecieron las condiciones que deberían ser tenidas en cuenta por las entidades estatales para contratar este tipo de servicios. Estas condiciones consisten en que la persona con quien se pretende contratar el servicio haya demostrado idoneidad y experiencia que debe estar directamente relacionada con el área requerida por la entidad. El contrato de prestación de servicios profesionales puede celebrarse directamente por la entidad que requiera del servicio, sin que sea necesario haber obtenido pluralidad de ofertas.

Ahora bien, el hecho de que la ley señale que la contratación para la prestación de servicios profesionales sea de manera directa no significa que no deba respetarse el principio de selección objetiva. Este principio es uno de los principales deberes de todos los responsables de la contratación pública en derecho colombiano, ya que es su obligación mantener intacta la institucionalidad por encima de los intereses personales, individuales o subjetivos cuando se trate de escoger al contratista, con independencia del procedimiento utilizado para estos efectos. En virtud de este principio, el legislador buscó romper con los privilegios para la selección de un contratista, permitiendo que todos los “sujetos del mercado que puedan proponerle a la administración bienes, servicios y demás objetos para atender sus necesidades lo hagan de acuerdo con las exigencias de los correspondientes pliegos, compitiendo bajo condiciones de igualdad de acuerdo con sus capacidades, experiencia y conocimientos, para que de esta manera puedan las entidades estatales

identificar al proponente más favorezca a la entidad.” Así, la selección objetiva se materializa, en concordancia con el inciso 1 del artículo 29 de la Ley 80 de 1993, cuando se escoge al contratista más favorable a la entidad y a los fines que ella busca “.... *sin tener en consideración factores de afecto o de interés, y cualquier clase de motivación subjetiva...*”

Según el Consejo de Estado, “*la selección objetiva es un deber – regla de conducta- en la actividad contractual, un principio que orienta los procesos de selección tanto de la licitación pública como de contratación directa, y un fin pues apunta a un resultado, cual es, la escogencia de la oferta más ventajosa para los intereses colectivos perseguidos con la contratación (...) la contratación, sea mediante licitación o concurso públicos (sic) o contratación directa, la administración está obligada a respetar los principios que la rigen – transparencia, economía y responsabilidad – y los criterios de selección objetiva establecidos en las bases del procesos para la escogencia del contratista al que se le adjudicará el contrato por haber presentado la mejor propuesta, tales como el cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio, etc., los cuales deberán ser previamente analizados y evaluados por la entidad con arreglo a las condiciones del pliego que rigen el respectivo procesos, con el fin de determinar en forma motivada que la propuesta elegida resulta ser en realidad la más ventajosa.*”

Es importante resaltar, que con la incorporación del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, artículo que sería retomado en el Decreto 066 2008 y Decreto 2474 de 2008 se rompe con la modalidad de prestación de servicios basada en el contrato *intuitu personae*. El artículo 3 del Decreto 855 de 1994, establecía en su párrafo la modalidad de contratación *intuitu personae*, de acuerdo con esta modalidad excepcional, se consideraba que determinados sujetos por sus calidades especiales, capacidades, características, formación y conocimientos podían prestar servicios altamente calificados a las entidades públicas, en asuntos que por su complejidad así lo ameritaban, respetando en todo caso como lo sostenía la Corte Constitucional los principios de la contratación.

El inciso 1 del artículo 13 del Decreto 2170 acaba con esta modalidad de prestación de servicios (*intuitu personae*) y postula una más flexible como es la prestación de servicios profesionales que sólo puedan encomendarse a determinadas personas en razón de su idoneidad y experiencia. Esto permitió superar los problemas que presentaba la contratación *intuitu personae* ya que en vigencia de esta se presentaba en la realidad colombiana mucha dificultad para “encontrar un profesional o una institución que estuviera por encima de las demás en razón de su reconocimiento y capacidades desbordadas, tal como lo exigía la norma derogada.”

En palabras del tratadista Jaime Orlando Santofimio, “La disposición del derogado artículo 3° del Decreto 855 de 1994 llevaba a que tan solo unos pocos accedieran a la contratación, cuando en la realidad de las cosas las entidades públicas lo que estaban buscando para el cumplimiento de sus necesidades extraordinarias o para asuntos especiales era un profesional, persona natural o jurídica, idóneo o con experiencia en una determinada profesión o actividad profesional o científica, de las que se podía encontrar muchas en la oferta del mercado profesional de personas naturales o jurídicas. En el nuevo modelo basta con acreditar la experiencia o la idoneidad para cumplir con la objetividad exigida por los principios generales de la contratación pública.”

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que el contrato de prestación de servicios profesionales ya no es un contrato *intuitu personae*. No es necesario que la entidad estatal deba indagar a lo largo y ancho del país para encontrar el mejor sujeto que existe en el territorio para desarrollar una actividad determinada. La entidad lo que debe hacer es verificar que la persona natural o jurídica con quien se pretende contratar sea altamente especializada, que cumpla con la idoneidad y que tenga la experiencia adecuada en el área requerida por la entidad para que desarrolle esta actividad de la manera más ventajosa para la misma.



#### 1.2.9.2. De la idoneidad

El artículo 26 de la Constitución Política Colombiana señala: *“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.”*

Teniendo en cuenta que los contratos de prestación de servicios profesionales que son objeto de la presente investigación se celebraron para contratar los servicios de diferentes abogados, se considera que es importante referirse a la forma como se certifica la idoneidad de quienes ejercen la abogacía en Colombia.

Por ejemplo, de conformidad con el numeral 20 del artículo 85 de la ley 270 de 1996, corresponde a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura *“Regular, organizar y llevar el Registro Nacional de Abogados y expedir la correspondiente Tarjeta Profesional, previa verificación de los requisitos señalados por la ley.”*

El Decreto 196 de 1971, *“por medio del cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía,”* indica en su artículo 3 que es abogado *“quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales.”* En este orden de ideas, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura lo que tiene que verificar es que quien solicita la expedición de la tarjeta profesional cumpla con este requisito de ley. Si la persona acredita este requisitos, el Consejo Superior de la Judicatura estará obligado a expedir la tarjeta profesional respectiva que será la forma como el sujeto podrá acreditar que es abogado para todos los efectos legales pertinentes.

Lo anterior guarda relación con el artículo 26 de la Constitución Política en donde se establece que la ley podrá exigir títulos de idoneidad. En relación con este tema la Corte Constitucional se ha pronunciado así: *“La categoría jurídica de la libertad de escoger o elegir libremente la profesión, el arte, la ocupación o el oficio, que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, emana de libertad general de actuar y constituye una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Nadie puede imponer a una persona el ejercicio de una ocupación habitual, ni impedirle el desarrollo de la actividad laboral que corresponda a sus conocimientos o a sus dotes.*

*Sin embargo, en aras del bien común siempre podrá el Estado exigirle la demostración de la capacidad que tiene para desempeñar las labores propias de la actividad en la cual eligió ocuparse, como es la exigencia de los títulos de idoneidad.”*

*El Constituyente de 1991 distingue entre los oficios que no exigen formación académica y los que sí la demandan. El ejercicio de los primeros es libre, a menos que ellos impliquen un riesgo social. Los segundos quedan sujetos a la exigencia legal de títulos de idoneidad los cuales se refieren no tanto al derecho de ejercer la actividad elegida, sino de cumplir con unos requisitos y exigencias por ella impuestos. De esta forma, para poder garantizar la legitimidad de dichos títulos en actividades que comprometen el interés social, se requiere, en ciertos casos, de licencias, matrículas o certificaciones públicas en las cuales se da fe de que el título de idoneidad fue debidamente adquirido en instituciones aptas para expedirlo.”*

Así las cosas, se tiene que la forma como un abogado en Colombia debe acreditar la idoneidad es mediante la presentación de su tarjeta profesional de abogado.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que con la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales lo que la entidad está buscando es que la persona a contratar sea

altamente especializada en el área de interés de la entidad, lo cierto es que la presentación de la tarjeta profesional no basta para que la persona cumpla con este requisito de idoneidad. Por lo anterior, nada impide que la entidad solicite las licencias, matriculas, certificaciones, diplomas o cualquier título que le permita establecer que el sujeto a contratar es un verdadero experto en el tema y que le garantice a la entidad que los servicios a prestar son de una alta calidad.

### **1.2.9.3. De la experiencia**

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, experiencia es la *“práctica prolongada que proporciona conocimiento o habilidad para hacer algo”* o el *“conocimiento de la vida adquirido por las circunstancias o situaciones vividas”*.

Para poder celebrar contratos de prestación de servicios profesionales, las entidades estatales deben verificar que las personas con quien se pretenda contratar tienen experiencia relacionada con las actividades que la entidad necesita que sean desarrolladas. Así las cosas, además de exigirle al sujeto una idoneidad o un conocimiento técnico especializado, la persona debe haber practicado de manera prolongada actividades relacionadas con el área requerida por la entidad.

Para evaluar la experiencia, la entidad estatal podrá valerse de cualquier medio de prueba como lo pueden ser certificados laborales, hojas de vida, llamadas telefónicas, correos electrónicos, entrevistas para verificar que la persona efectivamente se ha desempeñado en el transcurso de su vida en las actividades desarrollados lo cual ha servido para fortalecer los conocimientos especializados que ha adquirido en las aulas de clase.

La experiencia requerida para realizar los trabajos, la determina la entidad contratante de manera razonable y proporcional con el objeto del contrato y las obligaciones del mismo, la cual debe quedar consignada en los pliegos de condiciones. Para establecer la experiencia, no existe una tarifa para determinar, de modo que los órganos de control no pueden establecerla ya que ni siquiera la ley lo hace, la determinación de la experiencia, la determina la administración no los órganos de control.

Por otro lado, la experiencia puede ser determinada o requerida por la entidad en diferentes formas de acuerdo como se mida la experiencia para cada actividad. Es así como, la experiencia puede ser requerida en tiempo, esto es días, meses o años; en horas, para el caso de los pilotos de aeronaves; o en unidades de actividades individuales, es decir por la cantidad de contratos suscritos con objetos similares etc.

En cuanto a los contratos de prestación de servicios, es importante resaltar que por lo general en ellos no se pacta cláusula de exclusividad con la administración, pero es posible pactarla en caso de que así sea convenido, pero no debe olvidarse que en tratándose de contratos suscritos con abogados, la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 *“por la cual se establece el código disciplinario del abogado”*, en su artículo 29 numeral primero, establece un incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía, en sentido que prohíbe litigar a *“los abogados contratados o vinculados contra la nación, el departamento, el distrito o municipio, según la esfera administrativa al que pertenezca la entidad o establecimiento al cual prestan sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de los pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones”* a fin de evitar un claro conflicto de intereses.

#### **1.2.9.4. De la capacidad**

El primer requisito de validez de un negocio jurídico es la capacidad. De conformidad con el artículo 1502 del Código Civil Colombiano, la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. En relación con la capacidad para obligarse la ley prevé una presunción según la cual toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces (Art. 1503). De acuerdo con el Código Civil, son absolutamente incapaces: 1) los dementes y 2) los impúberes sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito; y son relativamente incapaces: 1) los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; y, los disipadores que se hallen bajo interdicción.

Para que pueda obligarse, la persona que celebra un contrato de prestación de servicios profesionales debe tener plena capacidad. Sin embargo, para que el contrato tenga plenos efectos jurídicos no basta con el hecho de que el contratista esté cobijado por la presunción de capacidad sino que además debe cumplir con otro requisito exigido por la ley para la contratación con la administración pública. Este requisito consiste en que quien pretenda contratar con la administración no debe estar incurso en una causal de incompatibilidad e inhabilidad.

La capacidad para contratar sufre restricciones bajo las reglas de la moralidad administrativa denominadas inhabilidades e incompatibilidades las cuales están consagradas taxativamente en el artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

La diferencia que existe entre ambas instituciones radica en que la inhabilidad tiene carácter general, pues obsta para celebrar contratos con cualquier entidad estatal, mientras que la incompatibilidad es específica ya que sólo impide realizarlos con una entidad en particular

respecto de la cual pueda predicarse la causal.

*“Las incompatibilidades limitan la aptitud contractual actual y de manera específica de determinados sujetos, atendida su especial calidad personal derivada de su fuero laboral administrativo para realizar actos jurídicos obligaciones (sic) con determinada entidad estatal o con su nivel de adscripción.*

*Las inhabilidades restringen la capacidad contractual futura y por vía general, para contratar con la administración pública a aquellas personas que han sido sancionadas como consecuencia de conductas que atentan contra las reglas de moralidad administrativa.”*

En relación con las incompatibilidades e inhabilidades el Consejo de Estado manifestó lo siguiente: *“La Ley 80 de 1993 en su artículo 8 y en otras de sus disposiciones el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en la contratación, bajo los criterios de violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la declaratoria de caducidad respecto del contratista y de los socios y sociedades de personas, la condena a interdicción de derechos y funciones públicas, la destitución, la abstención injustificada de suscribir un contrato adjudicado, el parentesco, el matrimonio o unión permanente con servidores públicos, entre proponentes, asociados y el representante legal de sociedades proponentes, la participación a cualquier título o el desempeño en cargos de dirección en personas jurídicas interesadas en contratación, el suministro de información falsa, la declaratoria de responsabilidad civil o penal, la medida de aseguramiento y la condena penal. La inhabilidad sea que se adopte como criterio que identifica su noción del de la restricción a la autonomía o libertad de contratación, legitimación para actuar u obrar, ora el de incapacidad particular, lo cierto es que el supuesto en que consiste la misma no permite acceder al proceso de selección o celebrar el contrato, por circunstancias éticas y morales o de imparcialidad, eficacia, eficiencia y transparencia.”*

*“La consagración del régimen de inhabilidades tiende al desempeño de la función pública por sujetos idóneos*

*mediante la exigencia de determinadas condiciones o cualidades para acceder a ella, y a prevenir la indebida utilización de los factores de poder para el beneficio individual, procurando un efecto moralizador en el desarrollo de la actividad y en la disposición del patrimonio público; así, las inhabilidades se erigen en “... circunstancias negativas o impeditivas preexistentes para acceder a la función pública (inelegibilidad), evitando el ingreso de sujetos que no reúnen determinadas condiciones, calidades y cualidades de idoneidad o moralidad, para desarrollar determinadas actividades o adoptar ciertas decisiones, ora para acceder a la contratación estatal...” y, por lo tanto, en el ámbito de la contratación pública se constituyen en una justificada restricción a la autonomía privada y a la libertad de contratación, que si bien limitan el principio de igualdad y los derechos negociables, representan un trato diferencial razonable y proporcional fundamentado en los intereses superiores. En la contratación estatal se traduce en una situación que atañe al particular o contratista que le impide acceder al contrato y, por lo mismo, participar en el proceso de selección contractual y celebrar contratos con el Estado o con sus entidades públicas.”*

Las incompatibilidades e inhabilidades son de origen constitucional y legal sin que pueda tener cabida su creación por vía de reglamento, del pliego de condiciones o de la autonomía negocial. Es el Legislador quien debe definir y tipificar expresamente sus causas, vigencia, naturaleza y efectos. Son de aplicación e interpretación restrictiva y excluyen la analogía excepto en lo favorable. Debido a que las mismas están previstas en normas imperativas y de orden público, si una persona celebra un contrato estando incurso en alguna de las causales de ley para las incompatibilidades e inhabilidades, el negocio jurídico sería inválido por nulidad absoluta.

En este orden de ideas, la capacidad de quien pretende celebrar un contrato de prestación de servicios profesionales además de reunir los requisitos que sobre la capacidad para obligarse exige la ley, adicionalmente no puede estar incurso en alguna causal de inhabilidad e incompatibilidad para celebrar contratos con la administración. De estarlo, el contrato

celebrado sería inválido ya que estaría viciado de nulidad absoluta por haberse suscrito en contra de una norma de orden imperativo.

#### **1.2.10. Contrato de prestación de servicios especializados.**

Para la contratación de los contratos de prestación de servicios especializados, en forma general se siguen las mismas reglas de los contratos de prestación de servicios en general y de los de prestación de servicios profesionales, salvo algunas características que los diferencia. En cuanto a la capacidad y experiencia, para estos contratos se aplican los mismo criterios expuestos anteriormente, así mismo se justificación su contratación cuando no exista personal de planta en la respectiva entidad estatal que puedan adelantar la actividad requerida, o que habiendo, no son suficientes por la cantidad de actividades requeridas. Para la prestación de los servicios especializados, el contratista conserva plena autonomía para el cumplimiento de las obligaciones del contrato durante la cual no se genera ningún vínculo o relación laboral con la entidad. Para la ejecución del mismo, no se requiere exclusividad del contratista y sólo será necesario el cumplimiento de las obligaciones y la entrega de los productos en los términos señalados en el respectivo contrato.

La diferencia que deben tener en cuenta, tanto órganos de control con funcionarios públicos de las entidades contratantes, es que en cuanto a la idoneidad del contratista, no en todos los casos es requerido título profesional o tarjeta profesional para la ejecución de estos contratos. Ya habíamos dicho, que la constitución establece el derecho de escoger profesión u oficio y que la ley podrá exigir títulos de idoneidad; bajo este entendido, tenemos que para los contratos de prestación de servicios especializados no necesariamente son



desarrollados por personas profesionales no exigiendo en estos casos títulos de idoneidad siempre y cuando sean de libre ejercicio. La especialidad de los servicios, se encuentra determinada entonces por la especificidad de las actividades a desarrollar; entonces si la actividad a desarrollar es de aquellas que requieren título de idoneidad para su ejercicio y más aún certificar la especialidad, es necesario que se acredite estos requisitos previamente por el contratista, pero si la actividad es de aquellas ocupaciones u oficios que son de libre ejercicio pero que, para su ejercicio se requiere el talento, experiencia y conocimiento práctico especializado en la actividad requerida por la administración, no será necesario la exigencia del título de idoneidad; aquí sólo se requiere que la persona sea experta en el tema a contratar.

#### **1.2.11. Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión.**

Los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión, son aquellos que celebra la administración para apoyar la labor de las entidades en todas sus funciones. Estos contratos, se justifican toda vez que las entidades públicas para el cumplimiento de sus fines deben desarrollar varias actividades administrativas, algunas directamente relacionadas con son la funciones encomendadas y otras de apoyo para el cumplimiento de esas funciones y en desarrollo de las funciones administrativas llevadas acabo, requieren del apoyo en diferentes perfiles, del tal manera que pueden suscribirse contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión con profesionales de todas las áreas, técnicos, tecnólogos, personal operativo y demás que se requieran en la entidad para labores de apoyo.

Es importante tener en cuenta para efectos del control, que para la celebración de estos contratos, las características esbozadas para los contratos de prestación de servicios son aplicables pero teniendo en cuenta cada contrato en particular. En consecuencia, si se

pretende suscribir un contratos de prestación de servicio de apoyo a la gestión con un profesional, es necesario la acreditación del título de idoneidad de conformidad con la ley y los pliegos de condiciones, ya que las condiciones de experiencia y capacidad se aplican de igual manera que como se ha explicado anteriormente. Los mismo debe tenerse en cuenta, si se quiere contratar con un técnico, tecnólogo u operativo, el título de idoneidad será el que la entidad requiera en los pliegos de condiciones, que prueben la condiciones requeridas.

Pero estos contratos tienen una particularidad muy importante y que muestra notables diferencias con los demás contratos tratados, pero que además es objeto de mucho debate. Esa peculiaridad, tiene mucho que ver que la optimización en el cumplimiento de los deberes funcionales de las entidades públicas y el acompañamiento de las personas contratistas de apoyo a la gestión en la labor de la entidad, de tal manera que de estos presupuestos se desprende una disponibilidad del contratista para con la entidad sin que esto per se denote subordinación o relación laboral entre el contratista y la entidad, aquí la independencia del contratista en la ejecución del contrato es menor que en las demás categorías de contratos de prestación de servicios.

Lo anterior es así, porque *“la actividad contractual de la administración corresponde a las exigencias de la dinámica propia del funcionamiento del Estado, ente que en sus actividades persigue el logro de los fines esenciales señalados en el artículo 2º de la Constitución Política, dentro de un marco que garantice un orden económico y social justo; por tanto, la decisión de contratar o de no hacerlo es esencialmente reglada y está supeditada a las necesidades del servicio, de manera que los contratos celebrados por la administración pública, no constituyen en si mismos una finalidad, sino que representan un medio para servir a los administrados y promover el bien común”*.

*“Así, cuando un particular contrata con la administración se compromete a ejecutar una labor conforme al objeto contractual, constituyéndose en un colaborador de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos”.*

Por la naturaleza de las obligaciones de estos contratos, su ejecución se encuentra determinada por estrictas medidas de coordinación por parte de la entidad pública haciendo menos independiente al contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. Al respecto el Consejo de Estado reconoce esta característica haciendo ver “que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”.

El cumplimiento de un horario, es evidentemente la característica que hace diferenciar los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión de los demás contratos de prestación de servicios, y en este sentido el cumplimiento del horario no vulnera ningún principio fundamental a los contratistas. Piénsese, por ejemplo un contratista de la secretaria de hacienda obligado en virtud de un contrato a recibir el recaudo por concepto de impuesto, donde evidentemente debe cumplir con sus obligaciones dentro de un horario establecido por la respectiva entidad en el cual se realiza la atención al público en cuanto al recaudo de los impuestos. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado:

*“... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas*

*ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales”. (El resaltado es del texto).*

En desarrollo del anterior postulado expuesto por la Sala Plena, la Sección Segunda ha dicho:

“...

*Aunque a primera vista se puede pensar que el cumplimiento de un horario es de suyo elemento configurativos de la subordinación transformando una relación que ab initio se consideró como contractual en laboral, lo cierto es que en determinados casos el cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del contrato en forma coordinada con los usos y condiciones generalmente aceptadas y necesarias para llevar a cabo el cumplimiento de la labor”.*

En consecuencia, los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión para su ejecución debe sujetarse a las condiciones en que cada entidad presta el servicio público, de tal manera que se de un apoyo efectivo a la gestión que realiza la entidad en cumplimiento de los fines del Estado.

#### **1.2.12. Contrato de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos.**

Los contratos de prestación de servicios para la ejecución de trabajos artísticos es los que sólo pueden encomendarse a ciertas personas, en términos generales, tienen su contratación tiene las mismas características del contrato del prestación de servicios en general salvo algunas particularidades.

A diferencia de los contratos de prestación de servicios profesionales, para estos contratos la idoneidad no se determina a partir de las certificaciones, pues para estos contratos sólo bastara que se acredite la experiencia y la capacidad para ejecutar las obligaciones contratadas. De esta manera, un órgano de control no puede, para el caso de estos contratos, exigir la acreditación de este requisito toda vez que no es necesario para la celebración y ejecución del contrato; sin embargo, la entidad pública debe verificar que la persona con la cual desea contratar puede garantizar la calidad de los servicios contratados.

#### **1.3. Contrato de suministro de bienes muebles, y servicios de mantenimiento, de aseo, vigilancia y otros servicios técnicos de reparación de equipos.**

El contrato de suministro de bienes y servicios, se encuentra regulado por el Código de Comercio, como aquel mediante el cual una parte se obliga a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuas de cosas o servicios.

El contrato de suministro se caracteriza por ser un contrato solemne, oneroso, bilateral y tracto sucesivo; esta última característica, hace alusión a que las prestaciones deben ser

periódicas o continuas, de tal manera que si no encontramos esa característica dentro del contrato de suministro podría desvirtuarse y convertirse en otro contrato. Además de lo anterior, permite que los bienes que se van a suministrar no serán de la administración hasta tanto no sean suministrados quedando obligado el contratista a su conservación y preservación.

Actualmente, el proceso para contratar este tipo de suministros es el establecido por la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, y en tal sentido, el literal “a” del artículo 2º de la Ley 1150, establece que para *“la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos. Para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos”*

Para efectos del control fiscal, es importante la determinación de la cuantía y del valor del contrato, toda vez que si el proceso se adelanta por el procedimiento de la subasta inversa, el valor del contrato de suministro se determinará una vez terminada la puja que se realice. Aquí es importante tener presente que el único factor a tener en cuenta para la adjudicación del contrato es el menor precio que se ofrezca durante la subasta a la inversa.

Igualmente es importante establecer con claridad las condiciones de los bienes muebles objeto del contrato a efectos de establecer las garantías de calidad de los mismos atendiendo las especificaciones técnicas previstas por la entidad en los pliegos de condiciones. En cuanto a las condiciones técnicas es importante aclarar, que si el contratista no las suministra

en las mismas condiciones que se establecieron en los pliegos de condiciones y no por ese sólo hecho incurriría inmediatamente en incumplimiento del contrato; pues, existe la posibilidad que la entidad solicite al contratista que cambie los bienes que cumplen con dichas condiciones, de tal manera que si el contratista los cambia no habrá lugar a establecer un incumplimiento.

Los entes de control fiscal, igualmente deben propender por defender no sólo la calidad de los bienes que se suministran, sino también garantizar que estos sean de las mismas marcas ofrecidas. Los insumos para equipos de cómputo, fotocopadoras, Plotter, fax y demás equipos, deben ser de marcas originales, no genéricos y para el caso de elementos importados, el proponente adjudicatario garantizará y responderá por su ingreso legal al país.

Para el suministro de recursos tecnológicos y su verificación, el proponente adjudicatario que resulte seleccionado debe presentar a la entidad una prueba ejecutable del software o programas, el cual debe cumplir con todas las características técnicas señaladas en los pliegos de condiciones y el contrato. Estos sistemas deben ser analizados por la entidad y si lo consideran necesario se solicitará apoyo al proponente para verificar la funcionalidad del programa y el proponente favorecido estará en la obligación de prestar su apoyo para dicha verificación.

Así mismo, es deber del contratista, acreditar la propiedad sobre los software, anexando a la propuesta la respectiva licencia de la propiedad del mismo y/o certificado de registro de soporte lógico, ficha técnica, en la cual conste la descripción detallada de las características técnicas; igualmente deberá tener disponibilidad para suministrarlo cuando lo requiera la entidad, con el fin de constatar y verificar el cumplimiento de este requisito; al tiempo que

se constituye en deber de los funcionarios públicos la verificación de este requisito en garantías de los derechos de autor protegidos por la constitución y la ley.

En caso de que no cumpla con las características señaladas el proponente adjudicatario deberá realizar los ajustes correspondientes. Si la entidad no solicita tales correcciones estará contribuyendo a los daños que pueda sufrir la administración por aceptar equipos defectuosos que garantizan la prestación de los servicios que se pretende satisfacer y en tal caso presentarse un posible detrimento patrimonial.

Siguiendo con el ejemplo sobre los Software, es importante señalar que la instalación de los mismo lo más recomendable es que la efectúe el proponente adjudicatario a fin de garantizar su funcionalidad la cual debe ser aprobada por el Interventor del contrato y la entidad. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del contratista, además del incumplimiento contractual se evidenciaría una mala calidad de los bienes contratos por la entidad lo cual le acarreará a los funcionarios públicos responsables las posibles sanciones que correspondan.

A manera de paréntesis, cuando el objeto del los contratos de suministro de bienes muebles sean equipos de computo, en ocasiones puede pasar que no existe pluralidad de oferentes y en estos casos previa verificación y justificación por la entidad de esta situación, el procedimiento para contratar es de contratación directa por no existir mas de un proponente inscrito.

Así mismo, es posible la auditoría sobre las marcas de los bienes objeto del suministro pudiendo solicitar el cambio de las mismas por otras de mejor calidad teniendo en cuenta



los precios que halla ofrecido el contratista con la propuesta.

#### **1.4. Contrato de compraventa de bienes.**

La compraventa o enajenación de los bienes del estado procede sobre aquellos bienes que la entidad estatal no requiera para el cumplimiento de sus funciones en el evento en que la entidad así lo determine. El procedimiento para la enajenación, se encuentra contenido en el artículo 2º literal “e” de la Ley 1150 de 2007, el cual prevé que para la enajenación de bienes del estado se aplicará el procedimiento de selección abreviada; así mismo, establece que *“en los procesos de enajenación de los bienes del Estado se podrán utilizar instrumentos de subasta y en general de todos aquellos mecanismos autorizados por el derecho privado, siempre y cuando en desarrollo del proceso de enajenación se garantice la transparencia, la eficiencia y la selección objetiva”*.

Continúa la disposición estableciendo que *“en todo caso, para la venta de los bienes se debe tener como base el valor del avalúo comercial y ajustar dicho avalúo de acuerdo a los gastos asociados al tiempo de comercialización esperada, administración, impuestos y mantenimiento, para determinar el precio mínimo al que se debe enajenar el bien, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”*.

Para efectos del control fiscal, el avalúo de los bienes por el cual se determinará el valor comercial de los mismos, constituye el valor mínimo por el cual se iniciará la subasta a la que se convoque. Sobre el valor de los bienes que se pretenden enajenar, la Sala de Consulta del Consejo de Estado, expuso:

*“Es procedente la venta de un bien mueble de propiedad de una entidad estatal por el valor de su avalúo*

*comercial, así éste difiera del valor fiscal. El monto del avalúo comercial determina el valor mínimo por el cual el bien podrá ser objeto de enajenación. El sistema de martillo es una forma de venta de bienes de las entidades estatales al cual se acude de acuerdo con la ley y previa calificación de su valor. Dicho procedimiento se ajusta a los principios de la contratación administrativa y constituye instrumento adecuado para hacer óptimo el resultado de un proceso de venta, siempre que esté respaldado por la experiencia y buen crédito de la entidad financiera que realiza el remate. La Secretaría de Obras Públicas, a fin de determinar con certeza el valor base de venta de la planta de asfalto, puede proceder de esta manera: optar por el último avalúo hecho a la misma; solicitar a firma especializada un avalúo comercial que tenga en consideración el estado actual de la planta y responda a las necesidades del mercado, o disponer que dicho avalúo lo haga la entidad financiera que se seleccione con criterio objetivo para efectuar el remate. Hoy en día lo procedente, más que intentar vincular avalúos comerciales realizados hace uno o dos años al valor fiscal, lo pertinente es fijar el precio base en forma correcta, conforme al avalúo comercial y confiar la subasta a entidad financiera debidamente autorizada para el efecto y vigilada por la Superintendencia Bancaria”.*

Así mismo, es importante destacar que la enajenación de los bienes del Estado debe hacerse a título oneroso, ya que no es posible que se pueda hacer enajenación a título gratuito aún si la enajenación se realiza entre entidades públicas; con excepción a aquellos casos en que expresamente lo ha previsto la ley. Al respecto el Consejo de Estado ha expresado que “*la autorización para transferir el derecho de dominio a título gratuito a otros entes estatales, en tanto opera por ministerio de la ley, debe contener de manera expresa e inequívoca la voluntad del legislador*”.

El procedimiento para la realización de los avalúos, las controversias sobre las mismas y demás particularidades sobre la determinación del valor de los bienes a enajenar ya lo hemos tratado en capítulo concerniente a la expropiación.

### 1.5 Contrato de fiducia pública.

El EGC, hace alusión al contrato de fiducia pública y encargo fiduciario estableciendo algunos requisitos y restricciones a la vez que establece que las normas aplicables a estos contratos serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en la misma ley.

Una primera restricción que establece el EGC, es que la fiducia que se autoriza para el sector público, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto; situación esta que establece una notable diferencia con la fiducia mercantil al negar el elemento real del contrato; es decir en la fiducia pública no se da la transferencia del derecho de dominio por prohibición expresa del estatuto contractual público, lo cual hace que el contrato de fiducia mercantil se degenere en otro contrato como el de encargo fiduciario.

Al respecto la Corte Constitucional ha expresado:

*“Estatuto General de Contratación Administrativa creó un nuevo tipo de contrato, sin definirlo, denominado "fiducia pública", el cual no se relaciona con el contrato de fiducia mercantil contenido en el Código de Comercio y en las disposiciones propias del sistema financiero. Se trata, pues, de un contrato autónomo e independiente, más parecido a un encargo fiduciario que a una fiducia (por el no traspaso de la propiedad, ni la constitución de un patrimonio autónomo), al que le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, "en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley". Así, por ejemplo, al establecer la Ley 80 que el contrato de fiducia pública no comporta la transferencia de dominio ni la constitución de un patrimonio autónomo,*

*entonces no le serán aplicables las normas correspondientes contenidas en el Código de Comercio, sin que ello signifique que se altera la naturaleza del contrato de fiducia mercantil. En otras palabras, esta Corporación encuentra que, en la actualidad, las entidades estatales podrán celebrar el contrato de fiducia pública en los términos del numeral 5o. del artículo 32, o el contrato de fiducia mercantil de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio y en las normas generales de contratación administrativa previstas en la citada Ley 80 de 1993”.*

.

Por consiguientes, los contratos de fiducia mercantil que pueden celebrar las entidades públicas solamente serán los autorizados por el numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es decir aquella cuyo objeto no sea la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren.

No obstante lo anterior, los contratos de fiducia mercantil celebrados por entidades públicas encuentra plena aplicación, en los casos de titularización de activos y los pagos de pasivos laborales.

#### **1.6. Contrato de encargo fiduciario.**

El contrato de encargo fiduciario es otra modalidad de negocio fiduciario que a diferencia de la fiducia mercantil no contiene el elemento real y por tanto el negocio no implica transferencia de la propiedad. *“En esencia, el encargo es un mandato, pero sin transferencia de bienes. Esta ha sido su nota característica, que lo diferencia de la fiducia y, además, con este negocio fiduciario no se constituye patrimonio autónomo”.*

La Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, en cuanto a los encargos fiduciario

que en esta figura no existe transferencia de propiedad y en ese sentido, los encargos fiduciarios celebrados por entidades públicas no difiere en gran medida del negocio fiduciario mercantil propiamente dicho y sólo lo restringe para el manejo y administración de los recursos de los contratos que las entidades celebren. En ese sentido la Sala expresó:

*“Los Encargos Fiduciarios, figura en la cual no hay transferencia de la propiedad de los bienes fideicometidos. La ley 80 de 1993 la autoriza solamente para administrar o manejar los recursos vinculados a contratos que las entidades estatales celebren, lo cual se encuentra en consonancia con la disposición según la cual los pagos correspondientes a los contratos celebrados por las entidades para la prestación de los servicios de salud, se pueden hacer mediante encargos fiduciarios y con aquella que establece que los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales pueden ser entregados en administración fiduciaria”.*

Otra nota características de los negocios fiduciarios en las entidades públicas, es que el EGC, prohibió pactar la remuneración del fiduciario con cargos a rendimientos del fideicomiso, salvo que se encuentren presupuestados; igualmente la misma disposición señala que con la celebración de estos contratos, las entidades públicas deleguen en las sociedades fiduciarias la celebración de los mismos.

En cuanto a la forma de selección del contratista para los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario, la Ley 80 de 1993, establece que el fiduciario se hará siempre a través del procedimiento de licitación, por consiguiente, no es posible realizar un proceso de contratación directa para tales fines. No obstante, la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2º, numeral 4º, literal f, establece la posibilidad de celebrar estos contratos de manera directa en aquellos casos en que los *“celebren las entidades territoriales cuando inicien el acuerdo de reestructuración de pasivos a que se refieren las leyes 550 de 1999, 617 de 2000 y las normas que la modifiquen o*

*adicionen, siempre y cuando los celebren con entidades financieras del sector público”.*

Para efectos del control fiscal, tanto en la fiducia pública como en los encargos fiduciarios los recursos que se involucren en esos negocios tienen el carácter de recursos públicos y por tanto están sujetos al control fiscal.

Al respecto la Contraloría General de la República, mediante concepto ha expresado que *“la razón de ser de la fiducia mercantil en este caso, es acudir a un administrador de los recursos públicos, no transferir sobre los mismos el derecho de propiedad o dominio”.*

De esta manera, el órgano de control hace énfasis en que el hecho de interpretar que los recursos entregados en fiducia constituyen patrimonio autónomo y pasan a ser dominio de la persona privada, *“Indudablemente atenta contra derechos colectivos. Por ello, entre otras cosas, en el contrato de fiducia sobre recursos del Estado no se puede transferir el dominio pleno sobre ese bien que son los recursos públicos. Tampoco será aceptable en el ordenamiento jurídico colombiano que se mantenga izado un acuerdo que pretenda burlar la vigilancia o control sobre recursos del Estado la simple formalidad sede necesariamente ante la materialidad de los hechos, en este orden ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que donde quiera que hayan recursos públicos debe estar siempre presente la vigilancia y el control fiscal”.*

Es así como la Contraloría concluye que, *“los recursos del Estado que son entregados formalmente a los particulares por medio de la fiducia mercantil no pierden su naturaleza de recursos públicos. Sobre estos recursos existe el principio de vigilancia y control fiscal que pesa sobre todos los recursos públicos en cabeza de los órganos de control fiscal”.*

## **1.7. Contrato de empréstitos nacionales e internacionales.**

Los contratos de empréstitos de las entidades estatales, hacen parte de las consideradas operaciones de crédito público, enunciadas en el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que de conformidad con el Decreto 2681 de 1993, *“Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexas y la contratación directa de las mismas”*, son operaciones de crédito público, *“los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago”*. Dentro de estas operaciones, se encuentran **la contratación de empréstitos**, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales. (Subrayado es nuestro).

Así mismo, el Decreto 2681 de 1993, establece que *“son contratos de empréstito los que tienen por objeto proveer a la entidad estatal contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago”*, estableciendo además, en concordancia con la EGC, que *“los empréstitos se contratarán en forma directa, sin someterse al procedimiento de licitación o concurso de méritos”*.

Como clasificación de los contratos de empréstitos estos abarcan dos categorías; los contratos de empréstitos internos y los contratos de empréstitos externos; de corto plazo y de largo plazo. Cada uno de ellos, requiere para su celebración el cumplimiento de unos requisitos previos diferentes, pero lo que conservan una finalidad común establecida en la Ley 358 de 1997, *“por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endudamiento”*, según la cual, *“las operaciones de crédito público de que trata la presente Ley deberán destinarse únicamente a financiar gastos de inversión”*, exceptuándose *“los créditos de corto plazo, de refinanciación de deuda vigente o los*

adquiridos para indemnizaciones de personal en proceso de reducción de planta”.

En cuanto a los contrato de empréstitos internos de la Nación, la celebración de los contratos requerirá autorización, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, cuando se trate de proyectos de inversión, y la minuta definitiva del contrato.

En cuanto a los contratos de empréstitos que se celebren con entidades internacionales, por las entidades descentralizadas del orden nacional, diferentes de las mencionadas en el artículo 12 del mencionado decreto, y por las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá:

a) Autorización para iniciar gestiones, impartida mediante resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual podrá otorgarse una vez se cuente con concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación; y,

b) Autorización para suscribir el contrato y otorgar garantías al prestamista, impartida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en las correspondientes minutas definitivas.

En cuanto a estos contratos debemos realizar precisión para efectos de la ejecución de los recursos que provenientes de estos empréstitos y concretamente en cuanto a la celebración de contratos. En estos casos, para la celebración de contratos que las entidades estatales celebran con los recursos provenientes de empréstitos externos, las entidades públicas y los órganos de control deben tener presente que los organismos multilaterales de crédito



someten los créditos a las normas de dichos organismos y en consecuencia la ejecución de los prestamos pro medio de la contratación puede tener excepciones al EGC, v. gr., el condicionamiento para el uso de las cláusulas excepcionales, el pacto de la cláusula de multa, el procedimiento para su aplicación, etc.

De otro lado, los entes territoriales como también sus entidades descentralizadas, pueden celebrar este tipo de contratos teniendo en cuenta las disposiciones normativas sobre la materia contenidas en la ley 617 de 2000, la Ley 358 de 1997 y la Ley 136 de 1994. De manera general, el decreto 2681 de 1993, establece que para los créditos de las entidades territoriales, a celebración de empréstitos internos de las entidades territoriales y sus descentralizadas continuará rigiéndose por lo señalado en los Decretos 1222 y 1333 de 1986 y sus normas complementarias, según el caso. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de registro de los mismos en la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En cuanto a la clasificación de los créditos teniendo en cuenta el plazo; es decir si son a corto o largo plazo, el decreto 2681, los regula de la siguiente manera:

*“Son créditos de corto plazo los empréstitos que celebren las entidades estatales con plazo igual o inferior a un año. Los créditos de corto plazo podrán ser transitorios o de tesorería.*

*Son créditos de corto plazo de carácter transitorio los que vayan a ser pagados con créditos de plazo mayor a un año, respecto de los cuales exista oferta en firme del negocio. Son créditos de corto plazo de tesorería, los que deben ser pagados con recursos diferentes del crédito.*

*La celebración de créditos de corto plazo de entidades estatales diferentes de la Nación, con excepción de los*

*créditos internos de corto plazo de las entidades territoriales y sus descentralizadas, requerirá autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*

*Cuando se trate de créditos de tesorería, dicha autorización podrá solicitarse para toda una vigencia fiscal o para créditos determinados. Para tal efecto, las cuantías de tales créditos o los saldos adeudados, según el caso, no podrán sobrepasar en conjunto el diez por ciento (10%) de los ingresos corrientes de la respectiva entidad, sin incluir los recursos de capital, de la correspondiente vigencia fiscal. No obstante, cuando se trate de financiar proyectos de interés social o de inversión en sectores prioritarios o se presente urgencia evidente en obtener dicha financiación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá autorizar porcentajes superiores al mencionado, siempre y cuando el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, haya conceptuado sobre la ocurrencia de alguno de los mencionados eventos.*

*Los créditos de tesorería no podrán convertirse en fuente para financiar adiciones en el presupuesto de gastos”.*

Para la contratación de empréstitos de las entidades territoriales, es necesario verificar de manera previa la capacidad de endeudamiento de la misma, teniendo en cuenta, que la deuda no exceda su capacidad de pago, entendiendo esta como “*el flujo mínimo de ahorro operacional que permite efectuar cumplidamente el servicio de la deuda en todos los años, dejando un remanente para financiar inversiones*”.

En cuanto a la capacidad de pago, la mencionada norma, establece que esta se presumirá cuando los intereses de la deuda al momento de celebrar una nueva operación de crédito, no superan en el cuarenta por ciento (40%) del ahorro operacional y que la entidad territorial que registre niveles de endeudamiento inferiores o iguales al límite señalado, en éste artículo, no requerirá autorizaciones de endeudamiento distintas a las dispuestas en las leyes vigentes.

Existe otro requisito para la contratación de empréstitos en las entidades territoriales establecido en la ley 819 de 2003, con objeto de contar con una clasificación previa del respectivo departamento o municipio sobre los riesgos del ente territorial. De esta manera, la norma prescribe que *“sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, y de las disposiciones contenidas en las normas de endeudamiento territorial, para la contratación de nuevos créditos por parte de los departamentos, distritos y municipios de categorías especial, 1 y 2 será requisito la presentación de una evaluación elaborada por una calificadora de riesgos, vigiladas por la Superintendencia en la que se acredita la capacidad de contraer el nuevo endeudamiento”*.

#### **1.8. El contrato mercantil de seguros que ampara obligaciones adquiridas por el contratista estatal.**

El contrato mercantil de seguros que ampara las obligaciones adquiridas por un oferente o contratista estatal, es un acuerdo de voluntades celebrado bajo condiciones uniformes entre un sujeto precontractual denominado proponente u oferente, o contratista en la fase contractual y una compañía aseguradora debidamente vigilada por la Superintendencia Financiera con la finalidad de servir de garantía al contratista de que cumplirá con las obligaciones adquiridas con la presentación de la oferta o con el contrato una vez celebrado en favor de un tercero, que es una entidad pública denominada asegurado o entidad asegurada.

En Colombia, el oferente o contratista puede acudir a cualquier aseguradora para que le expida la respectiva póliza de garantía de seriedad del ofrecimiento, la póliza única de cumplimiento, o la póliza de responsabilidad civil contra terceros.

El inciso 2 del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, reglamentada por el Decreto 4828 de

2008, en sus artículos 15 y 16 regula las condiciones generales de las pólizas de seguros que garantizan las pólizas de cumplimiento y los requisitos que deben cumplir las pólizas que garantizan la responsabilidad extracontractual.

La póliza de seguros deberá expedirse y aprobarse solamente si cumple con el carácter suficiente de la garantía que está dado por que cumpla con los amparos, porcentaje, plazo, vigencia y cuantía, en los amparos de seriedad del ofrecimiento; buen manejo y correcta inversión del anticipo; pago anticipado; cumplimiento; pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; estabilidad y calidad de la obra; calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados; calidad del servicio; y responsabilidad extracontractual.

#### **1.9. La posición de los órganos de vigilancia y control penal, fiscal y disciplinaria en relación al contrato de prestación de servicios genera incertidumbre jurídica.**

Pese a que desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado han avanzado hacia la construcción de un desarrollo jurisprudencial de naturaleza lineal que genere la mayor seguridad jurídica para el operador contractual el asunto hoy ofrece la mayor incertidumbre a los servidores públicos que deben suscribir un contrato de prestación de servicios cualquiera que sea su modalidad, toda vez que el carácter de contratación directa que le asigna la Ley genera la mayor suspicacias jurídicas a los órganos de control penal, fiscal y disciplinaria que ocasiones estiman que por el carácter de *intuite personae* que reviste este tipo de contrato, estos son utilizados como forma de exteriorización o materialización de clientelismo político o de favorecimiento a personas naturales jurídicas con fines distintos a los del buen gobierno y

de la correcta y adecuada marcha de la gestión pública.

De allí, que si bien en estos contratos de prestación de servicios las distintas regulaciones lo califican de *intuite personae*, establecen el mismo mecanismo de selección que es la contratación directa, y exigen los requisitos de capacidad, idoneidad y experiencia; ara los órganos de control penal, fiscal y disciplinario existe el vacío legal consistente en la regulación de mecanismos para definir la tarifa de honorarios, de tal manera que cualquiera que sea que utilice las entidades para tasar esos honorarios en determinados momentos son calificados por los órganos de control penal, fiscal y disciplinario con cierto grado de subjetivismo que los conduce a calificarlos de detrimento patrimonial, nóminas paralelas, contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, o interés indebido en la celebración de contratos.

De allí, que la sugerencia a todos los servidores públicos en que si bien la ley, la jurisprudencia y la doctrina establece la legalidad de la tipología del contrato, sus requisitos esenciales, accidentales y de naturales, lo prudente frente a los regímenes de control penal, fiscal y disciplinario es que en razón al subjetivismo y a la incertidumbre que manejan los organismos de control es que en lo posible evitar acudir a ellos para no quedar en manos del operador penal, disciplinario y fiscal de turno, mientras la Ley no regule de manera particular, concreta y específica el contenido de los requisitos para celebrar el contrato, la tarifa o el *machismo* para tasar honorarios, la oportunidad para celebrar el contrato, los escenarios, circunstancias de tiempo, modo y lugar y hasta los asuntos en los que se debe acudir a este tipo de contratos. Así mismo, sugiero que en lo posible la ley de una vez por todas prohíba el procedimiento de contratación directa, para que estos contratistas se seleccionen por el procedimiento de concurso de méritos. Con seguridad lo que genera la suspicacia es el carácter de contratación directa de los contratistas de prestación de servicios,

ingrediente o desconfianza que se elimina de un solo tajo si se señala que el procedimiento de selección sería el concurso de méritos o cualquier otro que determine la ley, pero que en todo caso garantice pluralidad, habilitación, ponderación y calificación de oferta mas favorable.

#### **1.10. El contrato privado de fiducia mercantil para el manejo de los anticipos en los contratos de obra, concesión, salud o los que se adjudiquen en Licitación pública.**

El artículo 91 de la Ley 1474 de 2011, dispuso que en los contratos de obra, concesión, salud, o los que e 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 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, debiendo suministrar la información contable y financiera de la ficticia a los órganos de vigilancia y control que así lo solicite.

## **2. En los contratos estatales atípicos**

Los contratos estatales atípicos, son aquellos que no encuentran definición expresa y concreta en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pero que tampoco la encuentran en las legislaciones comunes del derecho civil y mercantil, pero que en todo caso se construye con las necesidades del Estado de satisfacer el cumplimiento de sus cometidos a través de la adquisición de bienes o la prestación de servicios, de tal manera que es la autonomía de la

voluntad de las partes la que le permite diseñar un negocio jurídico de acuerdo a las necesidades públicas, veamos:

## **2.1. Contrato leasing.**

El contrato de Leasing tiene sus orígenes en Estados Unidos de América, y adopta su denominación del verbo inglés *to lease* que significa “arrendar” o “dar en arriendo”, y del sustantivo “lease” de se puede traducir “arriendo”, “escritura de arriendo”, “locación”. Lo correcto sería llamar a este contrato por su nombre en nuestro idioma, pero ocurre que la denominación inglesa *leasing* traducida literalmente al español, no aclara todo lo que ella significa según la costumbre en el comercio internacional, pues se trata de un término al que se le atribuye un sentido jurídico que no coincide exactamente con su significado idiomático. Algo así como un valor entendido.

En un intento de definición Farina cita a Cogorno quien transcribe la definición que da la legislación Belga en el artículo 1° de L'Arret Royal N° 55: “ *es el contrato de financiación por el cual un empresario toma en locación de una entidad financiera un bien de capital, previamente adquirido por esta a tal fin, a pedido del locatario, teniendo este arriendo una duración igual al plazo de vida útil del bien y un precio que permite al locador amortizar el costo total de adquisición del bien, durante el plazo de la locación, con más un interés por el capital adelantado y un beneficio. Facultando, así mismo, al locatario a adquirir en propiedad el bien al termino de la locación mediante el pago de un precio denominado valor residual*”

Para Roberto López Cabana “ *en sustancia, el leasing constituye una operatoria en la cual quien necesita hacerse de un bien generalmente con una finalidad productiva, obtiene el uso de ese bien por parte de su propietario (sea este el proveedor directo o por intermedio de una entidad financiera que lo adquirió a tal*

*efecto), pagando un canon durante un plazo determinado a cuya finalización el usuario tiene la posibilidad de transformarse en propietario del bien en cuestión, mediante el pago de una compensación económica previamente estipulada, si correspondiera.”*

### **2.1.1. Naturaleza jurídica del contrato leasing.**

En la opinión de Juan M. Farina el Leasing es un contrato con naturaleza jurídica propia; no obstante, nos referiremos a otras teorías que, en síntesis, pueden resumirse así, conforme la enumeración efectuada por Buonocore:

El leasing es un contrato (en cuanto el derecho positivo de nuestro país) con una causa, un objeto y característica peculiares, en el cual confluyen elementos propios de diversos esquemas jurídicos tradicionales, como son el mutuo, la locación y la venta.

El leasing debe ser encuadrado en la categoría del “*negocio mixto*”, pues la intención económica perseguida por los contratantes está estrechamente vinculada con la estructura jurídica, características de la locación de bienes productivos, pero presenta desviaciones respecto a este esquema, en razón de la finalidad económica de la operación, consistente en la actividad intermedia que desarrolla la entidad financiera entre el proveedor del bien y el tomador, pues el bien es adquirido por la sociedad de leasing, a los fines de la operación misma.

El leasing puede entrar en el esquema normativo del contrato de locación, siempre que se comprendan dentro del concepto de cosa productiva cualesquiera bienes instrumentales idóneos para producir una utilidad indirecta.



Otra corriente de opinión expresa que es encuadrable dentro del esquema de venta con reserva de dominio o cuando menos, realiza los efectos típicos de este contrato, aunque mas no sea por medio de una técnica no perfectamente coincidente con esta figura

Por otro lado, *“las partes que intervienen en el leasing son básicamente tres: el productor o fabricante; el intermediario (empresa leasing) que en algunas legislaciones como la paraguaya (artículo 1° de la ley 1295) se llama dador, y el usuario que también se le conoce en la doctrina europea como tomador.*

*El productor es aquel sujeto que fabrica o genera el bien de capital o equipo y que desea exportarlo a través de un intermediario ubicado en su propio país o en el extranjero. Su animus es el de vender hacia un mercado externo.*

*El intermediario o dador es la empresa de leasing, llamada en algunos casos empresas de arrendamiento mercantil o arrendamiento financiero; también se le conoce como lessor. Desde el punto de vista de su forma, son empresas mercantiles pero se diferencian de las empresas industriales y comerciales, que actúan en el mercado financiero, en que estas compañías no son usuarios finales de recursos captados públicamente sino meros intermediarios de capitales; además de ser fiscalizados por entidades gubernamentales como la Comisión Nacional de Valores, la Superintendencia de Banca y Seguros, la Banca Central o el Departamento Central de Supervisión de Empresas Financieras. Cuando dicha empresa intermediaria efectúa una operación de subarrendamiento, es que esta viabilizando el leasing internacional. Usualmente, este sujeto requiere de una autorización previa para operar porque está bajo control público. La empresa intermediaria debe tener disposición del bien objeto de la relación contractual para conceder sobre este el uso y goce, y en el momento oportuno, poder transmitir la propiedad si el usuario opta por la compra”.*

*“El último sujeto es el usuario que puede ser persona natural o moral, quien no requiere de requisitos especiales para la celebración de este contrato, aun cuando en la práctica comercial se exige el cumplimiento de*

*ciertas exigencias financieras. El texto del UNIDROIT trae una relación sobre los sujetos contractuales e indica en su art. 2° que la convención regula la operación de crédito locación según la cual una parte (el locador) concluye por indicación y términos aprobados por otra parte (el tomador) un contrato, o contrato de aprovisionamiento, con una tercera persona (el proveedor) en virtud del cual adquiere un equipo, material o herramientas. En seguida, se concluye un contrato, el contrato de crédito-locación, que da al tomador el derecho de utilizar el material mediante el pago de un alquiler”.*

### **2.1.2. Características del contrato de leasing**

El contrato de leasing tiene las siguientes características:

Es un contrato atípico: nos parece que la mejor concepción del leasing la encontramos predicando su atipicidad. De esta manera sabremos a qué atenernos para encontrar su justa regulación.

Es cierto que goza de semejanzas con muchas figuras típicas, especialmente el arrendamiento; pero la función económica que cumple la figura, la finalidad buscada por los contratantes y sus especiales características, nos permiten señalar que se trata de un contrato autónomo, complejo y atípico, el cual sirve de apoyo a una operación financiera.

CONSENSUAL: el contrato de leasing se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. Sin embargo, debido a su atipicidad la recomendación de orden práctico es su elaboración por escrito y lo más detallada posible. Después de todo, la disciplina de los contratos atípicos se atiene, en primer lugar a las estipulaciones contractuales.

PRINCIPAL: no necesita el contrato de leasing de ningún otro convenio u obligación para su subsistencia.

BILATERAL: como efecto del contrato surgen obligaciones para las partes intervinientes.

ONEROSO: el contrato de leasing tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, grabándose cada uno en beneficio del otro. Es también conmutativo, pues las obligaciones de cada parte se miran como equivalentes de lo que debe hacer la otra.

DE TRACTO SUCESIVO: es un contrato de duración, las partes permanecen vinculadas por un periodo de largo tiempo, durante el cual surgen obligaciones reciprocas.

DE ADHESION: las compañías de leasing mantienen formas preimpresas del contrato de leasing, elaboradas por ellas a las cuales adhiere el usuario leasing.

Es también un contrato de colaboración.

## **2.2. Contrato factoring**

Este contrato es considerado como una relación jurídica de duración en la cual una de las partes (empresa de *factoring*) adquiere todos o una porción o una categoría de créditos que la otra parte tiene frente a sus clientes; adelanta el importe de dichas facturas (*factoring* con financiación), se encarga el cobro de ellas, si así se pacta, y asume el riesgo de la posible insolvencia de los deudores.

Por su parte Jaime Alberto Arrubla Paucar, define el contrato de factoring como aquel acuerdo por el cual una empresa comercial denominada cliente contrata a una entidad financiera denominada compañía de facturación, para que esta le preste un conjunto de servicios en los que incluye principalmente la financiación de sus créditos con sus clientes, asumiendo el riesgo del cobro, a cambio de una contraprestación.

### **2.2.1. Naturaleza jurídica del contrato de factoring**

El contrato se ubica dentro de los contratos de *colaboración* entre empresas, en razón que la sociedad *factoring* presta un conjunto de servicios a la facturada, incluso puede ser los de financiamiento a corto plazo, la reducción de los riesgos financieros y es un instrumento para racionalizar la gestión administrativa de las empresas. Atendiendo a todo el conjunto de servicios que se pueden presentar en virtud del contrato, puede decirse que el *factoring* es un contrato de colaboración en la gestión administrativa, comercial y financiera de la empresa.

Son partes del contrato de *factoring*, el cliente o facturado y la empresa de facturación el *facturado* es la persona que celebra con la entidad de facturación el contrato de *factoring*, con el propósito de liquidar de contado su cartera, además de otros servicios y para tal efecto informa a esta sobre sus clientes, actividades, mercadeo, contabilidad, etc.

La compañía *factoring* es una empresa financiera, legalmente autorizada para prestar el conjunto de servicios que comprende la operación. Las sociedades comerciales en cuyo objeto se contemple como actividad la realización de operaciones de compra de cartera o *factoring*, se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia según

lo dispuso la ley 74 del 21 de diciembre de 1989, el artículo 11, el cual señaló que estas sociedades se organizaran en los términos de la ley 45 de 1923, y las disposiciones que la modifiquen o reformen.

### **2.2.2. Características del contrato de factoring**

ATIPICIDAD: El contrato de factoring no tiene ningún tipo de inserción dentro de nuestra legislación civil o comercial codificada. Por ello, y al no existir ningún tipo de caracterización legal, revisten fundamental importancia para su interpretación los principios generales del código civil y del código de comercio, la analogía y los principios generales del derecho.

CONSENSUAL: la ley no prescribe forma alguna para expresar el consentimiento para el contrato *factoring*.

TRACTO SUCESIVO: La nota de duración es característica esencial del contrato y como consecuencia le es aplicable la teoría de la imprevisión y el fenómeno de la terminación ante el evento del incumplimiento.

ADHESIÓN: la empresa *factoring* prepara en formas preimpresas, tanto los documentos que se utilizan en la etapa precontractual, como el mismo contrato de factoring.

CONTRATO DE FINANCIACIÓN Y FINANCIERO: Es un medio de reducción de riesgos financieros y un instrumento de economía y realización de la gestión de las empresas.

### 2.3. Contrato de franquicia

La expresión franquicia es *“originada en la edad media como sinónimo de privilegio, equivale en el lenguaje natural, a “libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público”.*

*“Desde un punto de vista estrictamente económico es un método o sistema de comercialización de un producto o servicio. Es un contrato entre dos partes, por el cual es franquiciante permite al franquiciado comercializar un cierto producto o servicio bajo su marca o símbolo, contra el pago de un derecho de entrada o de regalías, o de ambas cosas. De acuerdo al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) una operación de franquicia es una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado en la cual el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo, respecto a áreas tales como know how y entrenamiento, en tanto el franquiciado opera bajo un nombre comercial común y de acuerdo con un procedimiento o patrón establecido o controlado por el franquiciante, haciendo aquel una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio”.*

#### 2.3.1. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia

*“El franchising (franquicia) implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes pues se requiere la acción común de las partes para lograr eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en las respectivas empresas. La condición ideal para ello está en la colaboración sobre la base de un equilibrio de poderes y de ganancias entre las partes; pero en la realidad de los hechos es el franquiciante quien impone las condiciones y el franquiciador se somete”.*

*“En virtud de este contrato, el franquiciante pone a disposición del franquiciado dos elementos importantes: una determinada técnica empresarial que constituye un conjunto permanente de medio y servicios de apoyo que, prácticamente, aseguran el éxito del franquiciado; y una línea de productos o servicios, con una marca acreditada y de fama en el mercado con un sistema comercial experimentado, uniforme y continuamente renovado. La uniformidad de normas impuestos por el franquiciante a los diversos franquiciados que integran la red, sobre sistemas de comercialización y formas de atención y de presentación de los establecimientos, permite la creación de una imagen de distribución, imprescindible hoy en día en cualquier cadena de expendio al público que pretenda adquirir confiabilidad”.*

Las partes que intervienen en el contrato son, por un lado el franquiciante o franquiciador que es el titular del know how, titular del diseño, la marca y el que tiene el derecho a exportarla. El franquiciado o receptor quien es el que contrata para copiar el formato, el diseño bajo su riesgo e inversión.

Estas partes son empresas o personas independientes, aunque se debe tener en cuenta que entre ellas no nace ningún tipo asociativo. Existe autonomía legal, patrimonial y administrativa entre las dos empresas o personas vinculadas.

### **2.3.2. Características del contrato de franquicia**

*“ATÍPICO: Porque no está codificado aun cuando haya leyes especiales que hablen de él. Surge de la costumbre mercantil.*

ONEROSO: Por su naturaleza mercantil.

CONMUTATIVO: Busca que haya un equilibrio económico para las partes, no que enriquezca a uno y empobrezca a otro ya que cumple una función social.

CONSENSUAL: No requiere formalidad para su celebración a menos que las partes establezcan alguna (existen casos en que se exige que hayan unos planos, diseños y formulas para elaborar un producto)

COMPLEJO: Hay que tener todos los elementos para hacer el producto, como por ejemplo, entregar moldes sustancias para hacer el producto, etc.

LIBRE DISCUSIÓN O ADHESION: El franquiciado establece el modelo del contrato.

INTUITO PERSONA: Las partes hacen un estudio de asociación para saber con quién van a contratar (experiencia, patrimonio, posicionamiento en el mercado, la demanda del producto en el mercado, etc.)

## 2.4. Joint Venture

“Para el Corpus Juris Secundum la compilación de la jurisprudencia norteamericana el joint venture es:

*“... una asociación de personas que buscan llevar a cabo, con fines de lucro, una empresa comercial individual...”*

Sin embargo el Corpus Juris lo ha definido también como *“... la combinación especial de dos o*



*más personas que conjuntamente buscan obtener una utilidad en una empresa específica, sin actuar bajo la designación de partnership o corporation...”*

*Actualmente es imposible establecer una única definición de la figura porque existen varios tipos de joint venture, teniendo cada uno de ellos características propias; tampoco existe un derecho de los joint venture, bajo ningún sistema jurídico, ni siquiera en el norteamericano.”*

*“ Atendiendo a la jurisprudencia norteamericana sobre la materia, podría traerse la siguiente definición: una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico, para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar o crear una corporación o el estatus de una partnership en sentido legal”.*

*“El joint venture es una unión o agrupación de dos o más personas, naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad para realizar una operación completa en búsqueda de beneficios, asumiendo los riesgos que le son propios”.*

#### **2.4.1. Naturaleza jurídica del Joint Venture**

*“Se trata de un contrato atípico, de naturaleza jurídica propia, que tiene lineamientos claros en el derecho comercial comparado. La relación que se establece entre las partes en estos contratos no constituye una sociedad ni una asociación, precisamente porque no hay búsqueda de una utilidad sino un esfuerzo conjunto para obtener producción”.*

El joint venture se puede calificar dentro de los contratos de colaboración empresarial, dentro de los contratos asociativos, plurilaterales, de duración y de organización.

También podemos establecer que:

*-“Es mercantil porque las partes que lo celebran suelen ser comerciantes y los actos jurídicos que prometen celebrar son actos de comercio.*

*-Es formal.*

*-Puede ser bilateral o plurilateral.*

*-Es oneroso, porque los rendimientos y gravámenes son para todos los socios.*

*-En la mayoría de los casos debe estimarse como aleatorio, debido a que el beneficio es incierto en el momento de su celebración.”*

*“Las partes intervinientes en este contrato son personas naturales o jurídicas que se asocian para la administración de un joint venture. Dentro del contrato de joint venture se debe especificar lo referente a la administración de la empresa en tres formas:*

*-Perfilar los detalles administrativos del funcionamiento corporativo tales como auditorias, presupuestos y políticas del dividendo.*

*-Todo lo referente al manual operativo que regula la forma en que todas las operaciones se llevan a cabo.*

*-Lo que se refiere a la estructura interna de la empresa, el organigrama de la misma, describiendo las funciones y autoridad de cada puesto.-*

*En la mayoría de los casos las partes intervinientes en este contrato son empresas de dos o más países y la contabilidad en caso de ser necesario, se llevara en tantas formas como sea exigido por las leyes de cada país.”*

#### **2.4.2 Características del Contrato Joint Venture.**

Sus características son las siguientes:

- a) Destinado a un proyecto: es el elemento más característico de esta figura; si bien puede durar en el tiempo, nació para concretar negocios específicos.
- b) Sujetos: pueden ser personas físicas y/o jurídicas, tanto nacionales como extranjeras.
- c) Sus integrantes aportan al proyecto común: Los aportes de las partes intervinientes al emprendimiento pueden estar representados por activos, dinero, conocimientos, recursos humanos, tecnología, bienes o servicios en general necesarios para el objetivo que se han propuesto.
- d) Propiedad en común: La existencia de una propiedad en común se ve reflejada en los balances e inventarios en los cuales se detallan los cativos de propiedad del joint venture.
- e) Facultad para representar y obligar
- f) Utilidad común: La expectativa del lucro o beneficio ”.
- g) Pérdidas: El derecho a participar en las utilidades que arroja el negocio en común hace a

la esencia del joint venture.

- h) Conservan su identidad e individualidad: dado que los copartícipes no constituyen un nuevo sujeto de derecho por el cual son absorbidos, conservan su identidad e individualidad. Por ello es que, fuera del proyecto en común, los integrantes conservan la facultad de seguir en otros negocios incluso compitiendo entre sí.

El contrato joint venture, es propio del derecho anglosajón y consiste en que dos partes en virtud de un negocio jurídico de mutuo acuerdo, convienen desarrollar un objeto cuyo contenido es el ejercicio de una actividad industrial y comercial, tales como comercialización, exploración, distribución, generación, transmisión de bienes y servicios, pero que normalmente la actividad está sometida a un riesgo que asume cada socio de acuerdo a las obligaciones especiales que asume cada cual.

Así por ejemplo, los contratistas comparten bienes, servicios, actividades, experiencia, capacidad técnica, financiera, administrativa, operativa poniendo cada quien lo que le corresponde para la ejecución del contrato revestido por un riesgo o aventura de éxito, de tal manera que si el contrato es exitoso ganan ambos contratantes, pero si el contrato genera pérdida desde luego ambos pierden. Se trata de que las partes comparten tanto las ganancias como el riesgo de pérdida.

Es el caso de los contratos estatales de exploración y comercialización de hidrocarburos celebrados en Colombia por la Agencia Nacional de hidrocarburos con Ecopetrol, o con otras compañías extranjeras de exploración y comercialización de petróleos, en donde las sociedades extranjeras expertas y con la capacidad financiera, administrativa, operativa y técnica se compromete a explorar y comercializar hidrocarburos en ciertas zonas en

Colombia por un plazo determinado en donde, el contratista pone toda su capacidad de exploración y el Estado colombiano ofrece su subsuelo que será objeto de exploración, en donde de acuerdo a las matrices de riesgos cada uno asume obligaciones en donde el éxito y ganancias los comparten, pero también las pérdidas.

## **2.5. Contrato de Merchandising.**

Este contrato atípico consiste en la “.. *prestación de servicios publicitarios tendiente a promocionar bienes o servicios a cambio del pago de una suma determinada de dinero y por un tiempo determinado. Los sujetos de la relación comercial son el promotorista del bien y el propietario del bien o servicio*”.

*“El concepto merchandising, concebido como la práctica que consiste en distinguir un producto o un servicio con una marca de renombre, con una creación intelectual o con un aspecto de la imagen de una persona famosa.*

*Hay que subrayar que el objeto de estos contratos es un derecho de exclusividad que recae sobre un bien inmaterial. De modo que el contenido de cada contrato y su regulación aplicable vendrán determinados por la naturaleza del bien inmaterial.*

*Este concepto, de origen anglosajón, responde a dos acepciones diferentes que se relacionan en tanto que su finalidad fundamental consiste en aumentar la venta de productos y servicios en el mercado. Sin embargo, se distinguen porque una se preocupa de la presentación del producto en el punto de venta, y, en cambio, la otra persigue distinguir el producto mediante la incorporación de un elemento que goza de popularidad o prestigio.*

*La importancia de esta actividad ha dado lugar a la creación de nuevas relaciones entre el fabricante y el comerciante, ya que, entre ellos, no sólo se concluye un contrato que regule la entrega de mercancías (ya sea un*

*contrato de compraventa de mercaderías, de suministro, o bien, estimatorio) sino que además suelen fijar los objetivos relativos al volumen de ventas y a la descripción de los medios aplicados para conseguirlos.*

*Desde el punto de vista jurídico, se crearán una serie de relaciones jurídicas que vinculan por una parte al fabricante, que intenta colocar sus productos en el mercado, y al “merchandiser”, que se encargará de presentar el producto y organizar su distribución con el fin de alcanzar los objetivos propuestos por el fabricante. Asimismo, junto al fabricante y la empresa de merchandising, se encontrarán vinculadas otras empresas que se comprometerán a facilitar la actividad del merchandiser.*

*En lo que respecta al régimen jurídico aplicable a este contrato, interesa especialmente su calificación como un contrato de arrendamiento de obra. La empresa de merchandising se obliga a prestar estos servicios al fabricante de acuerdo con sus indicaciones y durante un periodo de tiempo.*

*Se trata de un contrato mercantil. Su mercantilidad viene dada, por una parte, porque ambos contratantes son empresarios. Esto es, por un lado, está la empresa de merchandising que se encarga de la realización de los estudios de producto y, por otro, el empresario que solicita los servicios de investigación, asesoramiento y control de mercado.*

*La celebración de este contrato, de carácter consensual y oneroso, y su aplicabilidad, puede plantear interesantes cuestiones jurídicas. A título de ejemplo, es posible citar la que hace referencia a la delimitación del alcance de la facultad de decisión sobre las promociones y ofertas que se otorga a la empresa de merchandising, las posibles similitudes entre las empresas intermediarias y las agencias de publicidad, la aplicabilidad de las normas sobre competencia, la responsabilidad por los daños causados al consumidor, los límites del control que puede ejercer el comerciante en su establecimiento, la utilización del espacio cedido al fabricante para la exposición de sus productos, los efectos del incumplimiento por parte del comerciante de su obligación de organizar el espacio de su establecimiento y de atender las necesidades de los clientes*

*debidamente, etc.”*

## **2.6. El contrato Putting out System.**

Es un contrato de prestación de servicios manufactureros como en el cual una parte realiza la manufactura a otra parte, a cambio de una suma de dinero con el objeto de reducir los costos de la producción.

## **2.7 El contrato Just in Time.**

Este contrato atípico consiste en la *“En... prestación de servicios en el cual una parte contrata a otra para el ensamble de bienes y la producción de servicios a cambio de una remuneración.”*

Las siglas J.I.T. se corresponden a la expresión anglosajona “Just in Time”, cuya traducción podemos denotar como "Justo A Tiempo". Y precisamente la denominación de este novedoso método productivo nos indica su filosofía de trabajo: "las materias primas y los productos llegan justo a tiempo, bien para la fabricación o para el servicio al cliente".

El método J.I.T. explica gran parte de los actuales éxitos de las empresas japonesas, sus grandes precursoras. Sus bases son la reducción de los "desperdicios", es decir, de todo aquello que no se necesita en el preciso momento, colchones de capacidad, grandes lotes almacenados en los inventarios, etc. De esta manera, lo primero que nos llama la atención es la cuantiosa reducción de los costes de inventario, desembocando en una mejor producción, una mejor calidad, etc.

## 2.8. El contrato SWAP.

Este contrato atípico encuentra sus orígenes epistemológicos en la *“La palabra Swaps significa básicamente intercambio, ya que es un genérico que utilizan los diferentes operadores del mercado bursátil de dinero y de cambios.”*

Resulta un poco complejo definir en términos jurídicos el contrato de swaps, debido a que la regulación que existe sobre este contrato no está contenida en disposiciones legales como tal, sino que se encuentra en disposiciones de menor jerarquía como circulares no jurídicas de la Superintendencia Financiera y la Circular Única de la Bolsa de Valores de Colombia, que exponen la forma en que funciona este contrato en términos financieros. Tales definiciones y pronunciamientos no resultan tan claros y coherentes a luz de la traducción jurídica, y no permiten expresamente entender la naturaleza misma de la operación. Sin embargo, apoyándonos en estas disposiciones se intentará explicar de manera comprensible el contrato de Swaps.

El contrato de swap, conocido también como permuta financiera, es un contrato mediante el cual las partes intercambian simultáneamente flujos de efectivo, que puede ser en distinta moneda o con distinta tasa de interés, durante la vigencia del contrato, con el objetivo de reducir los costos y los riesgos que se puedan llegar a tener por la fluctuación del dinero y la volatilidad de los tipos de interés.

La Superintendencia Financiera de Colombia, define el Swap de la siguiente manera: “Un swap o permuta financiera es un contrato entre dos partes que acuerdan intercambiar flujos de dinero en el tiempo de las obligaciones, lo cual financieramente se asimila a una serie de contratos forward, cuyo objetivo es reducir los costos y riesgos en que se incurre con



ocasión de las variaciones en las tasas de cambio de las divisas o las tasas de interés”

Los swaps, consisten en una transacción financiera en la que las dos partes acuerdan contractualmente intercambiar flujos monetarios durante un período determinado y siguiendo unas reglas pactadas.

La Superintendencia Financiera en su Circular externa 049 del 25 de Septiembre de 2008 define claramente el Swaps: *“Un ‘swap’ es un contrato entre dos (2) partes, mediante el cual se establece la obligación bilateral de intercambiar una serie de flujos por un período de tiempo determinado, en fechas preestablecidas”.*

Los Swaps se originarán en el momento en que dos partes entran en un acuerdo de intercambio de flujos futuros, de modo tal que cada una de ellas puede acceder a un mercado determinado en mejores condiciones

Aunque el contrato de Swaps es conocido como de permuta financiera, señalando de cierta forma su naturaleza jurídica, no debe confundirse este termino con el del contrato de permuta que se encuentra contenido en el Código de Comercio o con el del Código Civil, ya que este implica la transferencia del dominio sobre una cosa a cambio de un precio o de otra cosa en general, mientras que los Swaps tiene una operación más compleja y en principio no señalan la necesidad de esa transferencia de dominio sobre un activo, salvo en el swaps de divisas que más adelante se explica. Sin embargo se debe resaltar que la permuta es el contrato típico más próximo o semejante al Swps.

#### **2.8.1. Partes intervinientes en el contrato swaps.**

Pagador: Paga el tipo de interés o tasa fija y recibe el flotante.

Receptor: Paga el tipo de interés o tasa variable y recibe el fijo.

Intermediario Financiero: Cabe aclarar que no interviene en todas las operaciones de swaps.

Corredores: La función del corredor del swaps es encontrar contrapartes con necesidades adecuadas o concordantes. Durante este proceso de búsqueda el corredor asegura el anonimato de las otras partes para que en caso de no realizarse el contrato de swaps no se corra el riesgo de divulgar las situaciones financieras de las empresas. Es importante señalar los corredores adecuan las contrapartes sin que ellos mismo se conviertan en contrapartes de los swaps, por lo que cuando las Instituciones financieras proporcionan este servicio, no asumen ningún riesgo pues no están tomando ninguna posición. Hacen esto a cambio de comisiones. Sin embargo en la actualidad no existe mucha ganancia potencial desarrollando esta labor como si lo había anteriormente, por lo que las empresas financieras han optado por asumir el papel de contrapartes y actuar como agentes de swaps.

Agentes: Ellos mismos asumen un lado de la transacción, es decir, se convierten en una contraparte del swaps. A esto se le conoce como posicionamiento del swaps o poner el swaps en portafolio. Por su servicio ganan un margen de pago-recibo, consistente en la diferencia entre el cupón de swaps que el agente paga y el cupón de swaps que el agente recibe. Si el agente no quiere asumir el riesgo del tipo de cambio o tasa de interés, tiene la posibilidad de alejar los riesgos pro medio de otro swaps.

### **2.8.2 Naturaleza jurídica del contrato swaps.**

Los contratos de swaps no se registraban en los estados financieros: sino que eran transacciones hechas fuera del balance de la empresa, es decir, no se mostraban ni del lado de los activos ni tampoco del lado de los pasivos de un balance contable. Si embargo a pesar de esto, los Bancos que manejaban actividades con swaps según lo disponía la regulación de la materia, debían mantener reservas de capital en función de sus portafolios de swaps.

En la actualidad, de estas operaciones de Swaps se debe llevar contabilidad. La circular externa 049 del 25 de Septiembre de 2008 de la Superintendencia Financiera señala, que las entidades registrar todos sus instrumentos financieros derivados, productos estructurados y posiciones primarias cubiertas en sus estados financieros, utilizando las cuentas PUC disponibles.

En el caso de los Swaps, debe tener un tratamiento contable, correspondiente a su componente, en la respectiva cuenta del PUC. Cuando el instrumento financiero arroje un precio justo de intercambio positivo se deben registrar en el activo, separando el valor del derecho y el valor de la obligación, por el contrario, los que arrojen precio justo de intercambio negativo, debe registrarse en el pasivo, haciendo la separación correspondiente.

Par la liquidación de este instrumento financiero se deben cancelar los saldos correspondientes de las cuentas de balance y su diferencia se registra como utilidad o pérdida según el caso en la respectiva cuenta del estado de resultados.

Si el saldo acumulado del instrumento financiero derivado en dicha fecha es positivo, debe registrarse inmediatamente en la sub cuenta de ingresos, y si es negativo, debe contabilizarse

en la respectiva sub cuenta de egresos

Hay que aclarar que la contabilidad de los Swaps se debe llevar por separado de los demás instrumentos financieros.

### **2.8.3 Características de los contratos swaps.**

-Es un contrato Atípico: El contrato de Swps no tiene un desarrollo normativo, no esta contenido en normas de carácter estrictamente jurídico. La regulación de esta operación se encuentra en reglamentos y circulares, no en decretos o leyes. Este contrato se encuentra de forma somera en dos disposiciones la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera de Colombia y la Circular Única de la Bolsa de Valores de Colombia.

-Consensual: Se perfecciona con el acuerdo de voluntades. Este contrato por lo general se realiza por medios electrónicos.

-Bilateral

-Accesorio: Se dice que “mas que cualquier otro mercado moderno, el mercado de los swaps depende de la existencia y liquidez de otros mercados. Estos otros mercados incluyen el de deuda corporativa, los mercados de futuros y de opciones, etc.” Si embargo en la actualidad los swaps se pueden utilizar como sustitutos de otros instrumentos, o como complementos a los mismos.

-Oneroso.

-Conmutativo.

-De tracto sucesivo.

-Personalísimo.

-Esta sujeto a dos o más plazos: Puede tener un buen número de fechas de vencimiento.

Es una operación con cumplimiento en un futuro.

-Son hechos a la medida: Es decir, se ajustan a las necesidades de las contrapartes, lo que indica que no son estandarizados. Sin embargo la tendencia se están estandarizando, empezando ya por sus términos (ISDA), creando contratos marco, lo que permite ejecutarlos en mercados OTC (“Corresponde a la sigla de la expresión en inglés **over the counter o sobre el mostrador** y hace referencia a un sistema de negociación bilateral por fuera de mercados organizados como las bolsas de valores o los sistemas transaccionales”, en el que el riesgo de incumplimiento es asumido por ambas partes)., (Claro esta, ajustándolos a las necesidades de las partes, conservando así su característica inicial, es decir hechos a la medida).

-Busca la estabilidad de las tasas de interés.

-Pueden realizarse en mercados OTC o en mercados organizados: En principio tienen lugar fuera de mercados organizados (OTC), por intermediarios financieros en algunos casos, que contratan directamente entre ellos o con sus contrapartes mediante sistemas informáticos de

correo electrónico, entre otros. Sin embargo, también se pueden transar en bolsas, sistemas de negociación de valores o aquéllos que se compensen y liquiden en sistemas de compensación y liquidación de valores, en Colombia o en el exterior tal y como se demuestra con la Circular Única de la Bolsa de Valores de Colombia que señala el manejo de operaciones de Swaps en esta bolsa.

## **2.9 El contrato Forward.**

Un contrato ‘forward’ es un derivado formalizado mediante un contrato entre dos (2) partes, hecho a la medida de sus necesidades, en donde se realizan operaciones de compra y venta anticipada de una cantidad específica de un determinado subyacente o producto, allí el comprador y el vendedor aseguran unas condiciones específicas para la comercialización del mismo en un fecha futura.

En cuanto a las condiciones de su cumplimiento, estas se fijarán en la fecha de celebración de las condiciones básicas del forward, entre ellas, principalmente el precio, la fecha de entrega del subyacente y la modalidad de entrega.

En dicha celebración, no es necesario que el producto exista físicamente o este disponible, sino que al momento de la negociación este en posibilidad de ser entregado. Por los motivos expuestos, la liquidación del instrumento en la fecha de cumplimiento puede producirse por entrega física del subyacente o por liquidación de diferencias, dependiendo del subyacente y de la modalidad de entrega pactada, pudiendo esta última ser modificada de común acuerdo por las partes durante el plazo del instrumento.

Generalmente, en la fecha de celebración del contrato no hay flujos de dinero entre las partes del mismo.

Este tipo de contrato es conocido también como un “contrato a plazo”, no siendo estandarizado y cuyo objeto material o subyacentes básicos pueden ser:

- Tasas de cambio,
- Títulos de deuda,
- Divisas,
- Títulos participativos (Otorgan la calidad de Copropietario)
- tasas de interés.

Por otro lado, las partes en el contrato de forward contraen recíprocamente obligaciones de dar, en virtud de las cuales una de ellas debe transferir a la otra el activo subyacente, mediante su entrega con la intención de transmitir el dominio y la segunda debe pagar a la primera el precio pactado, cumpliéndose ambas prestaciones en la fecha futura pactada para el efecto.

Sin embargo, es posible concebir un contrato forward cuyo objeto consista en obligación de hacer, como por ejemplo el otorgamiento de una parte a otra de un préstamo, o la entrega de un flujo de fondos, en una fecha futura.

### **2.9.1 Parte intervinientes en el contrato forward.**

**El comprador:** Quien se compromete a comprar el activo en la fecha futura establecida y

al precio acordado de antemano.

**El vendedor:** El cual se compromete a vender el subyacente en la fecha futura establecida y al precio acordado.

### **2.9.1 Características del contrato forward.**

- Especifican cantidad y calidad de productos, sitio de entrega, precio y plazo.
- Genera para el vendedor la obligación de entregar el producto en las condiciones pactadas.
- Los forwards no tienen que ajustarse a los estándares de un determinado mercado.
- Es un producto no negociado a través de las bolsas de valores (Bajo los estándares por estas establecidos) sino de manera particular entre los interesados y de acuerdo con sus necesidades que corresponde a una operación que se denomina **‘OTC’**.
- Es necesario en aras de imprimirle seguridad jurídica a la operación, que este tipo de transacciones cuenten con su respectivo respaldo documental, mitigando de esta manera el riesgo de la contraparte.
- No afecta la capacidad de endeudamiento de la empresa, ya que no es un crédito.
- No afecta la liquidez de la empresa, ya que no requiere dinero para suscribir los contratos.



## **2.10 El contrato de Opción.**

Es un acuerdo entre dos partes, comprador y vendedor de la opción; que le da al comprador el derecho pero no la obligación, a comprar o a vender un contrato de futuro, sobre un bien determinado y a un precio específico, pagando a cambio una prima al vendedor de la opción, quien adquiere la obligación si el comprador ejerce la opción. Pueden negociarse opciones sobre una serie de activos muy diversos entre los que cabe mencionar los valores mobiliarios, futuros, índices bursátiles, oro y divisas.

Así pues, los mercados de opciones comparten las mismas características que los mercados de futuros en lo referente a la contratación: sistema de negociación, estandarización de los contratos y cámara de compensación como garante del buen fin de las operaciones. Sin embargo, por ser especialmente sensibles a las fluctuaciones de los precios. Cuanto mayor sea esta fluctuación, mayor será la Contratación de una Opción, por lo tanto las Opciones se convierten en un instrumento de redistribución del riesgo que conlleva toda actividad económica.

Bajo el diseño de un Opción el optante limita su riesgo al precio que pagó por la prima, y se somete a las posibles ganancias ilimitadas.

“Las opciones son, dentro de los derivados, el producto más versátil y difundido”.

### **2.10.1 Naturaleza jurídica del contrato de opción.**

Son contratos mercantiles en los cuales intervienen agentes profesionalmente dedicados a la intermediación financiera. Surgieron como medida para solucionar la inestabilidad de los precios y controlar los riesgos y por lo mismo para tener una mayor cobertura hay que tener en cuenta los siguientes elementos:

- Riesgo al cual se esta expuesto (abarca tanto la evolución benéfica como la adversa, es decir que evitar riesgo implica evitar no sólo los malos resultados, sino también los buenos).

- Período de cada exposición.

- Monto del Riesgo.

Actualmente existen cada vez más mercados organizados de opciones, entre ellos podemos citar: CBOE, CME, AMEX, CBOT/ MIDAM, BOVESPA, DTB, LIFE, MATIF NYMEX, MEFF RV y MEFF RF.

### **2.10.2 Partes intervinientes del contrato de opción.**

Comprador de la opción: adquiere el derecho de opción pagando la prima al vendedor.

Vendedor: contrapartida del comprador. Se obliga a vender (call) o comprar (put) el subyacente a los precios pactados siempre que el comprador de la opción la ejercite. A cambio recibe una prima.

### **2.10.3 Características del contrato de opción.**

-Atípico: La doctrina ha considerado este contrato como *suigeneris*, ya que no obstante ser autónomo, su ejecución, además de depender de la voluntad de una sola de las partes, se llevará a cabo en función de los movimientos que el futuro subyacente tenga en el mercado. Por otra parte, se considera un contrato consensual, y el pago de la prima le da carácter de Bilateral.

-Es un Contrato de naturaleza comercial: Su negociación se hace en un mercado organizado, y por versar sobre Contratos de Futuros estos contratos también son estandarizados, por lo que el único elemento negociable es el precio de la prima.

-Al igual que los Contratos de Futuros su negociación se hace por medios informáticos. En la negociación de este tipo de Contratos solamente pueden participar los intermediarios especialmente autorizados por los miembros de cada Casa de Bolsa.

## **2.11. El contrato Underwritting.**

Para López Cabana lo define como una convención escrita, consensual, atípica, bilateral, onerosa, celebrada entre una entidad emisora y un banco de inversión o una compañía financiera o un banco comercial, con un contenido obligacional variable respecto de una masa de valores mobiliarios y a los fines de asegurar su cobertura.

Arrubla Paucar por su parte afirma, que el contrato de underwritting es el celebrado entre una entidad financiera con una sociedad comercial, por medio del cual la primera se obliga a financiar en firme o no títulos valores emitidos por la segunda, para su posterior colocación entre el público; admitiendo también la modalidad en la cual no asume el prefinanciamiento, sino que, pone su mejor esfuerzo para lograr colocar los valores.

### **2.11.1 Naturaleza jurídica del contrato Underwriting:**

Este tipo de contratos tiene similitudes con otros contratos contemplados en nuestra legislación, entre ellos tenemos la compraventa en cuanto que el underwriting toma la totalidad de la emisión para colocarla por su cuenta y riesgo.

Básicamente este contrato por su naturaleza atípica constituye una operación compleja , es una operación de carácter financiero que facilita el acceso de las empresas al mercado de capitales, con el fin de obtener los recursos necesarios para su desarrollo.

### **2.11.2 Partes intervinientes en el contrato Underwriting:**

a) La entidad encargante: Es la empresa necesitada de financiación que emite, para obtenerla, acciones, bonos u otros papeles comerciales. Se conoce también como la emisora, compañía privada o mixta, la emisora quiere la seguridad de que va a recibir una suma determinada por concepto de la emisión y generalmente no es especialista en la colocación de valores en el público, por tales motivos acude a los servicios de los underwriters quienes servirán de eslabón entre ella y los intervencionistas.

En nuestro país pueden ser entidades emisoras las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones.

b) El underwriter: es la corporación financiera o sociedad anónima comisionista de bolsa la que se compromete a adquirir o colocar la emisión en todo o en parte o simplemente a provocar su colaboración. Se trata de una empresa con especial conocimiento en el

mercado de valores. En nuestro país solamente las siguientes personas pueden actuar como underwriter: Corporaciones financieras, Sociedades Comisionistas de Bolsas,

c) La Sindicación: si la cuantía del underwriting es pequeña en relación con el underwriter este puede decidir tomar el riesgo total de colocación de la emisión. Sin embargo, formalmente se forma un sindicato de underwriters.

### **2.11.3 Características del contrato Underwriting:**

a) Es bilateral: Ya que la entidad financiera y la empresa comercial se obligan recíprocamente la una hacia la otra. La primera se obliga a prefinanciar a la segunda y a colocar la emisión de los títulos valores, mientras que la empresa asume el compromiso de omitir dichos títulos ajustándose a las disposiciones legales y estatutarias.

b) Es consensual: De modo que queda preparado para producir sus efectos propios a partir del momento en que las partes han manifestado recíprocamente su consentimiento.

c) Es oneroso: puesto que la entidad financiera percibe una comisión a cargo de la sociedad comercial como contraprestación de la prefinanciación otorgada y de la colocación de los títulos en el mercado.

d) Es conmutativo: Toda vez que las partes están en condiciones de apreciar las ventajas derivadas de su celebración desde el primer momento, si es que se ha pactado una comisión como retribución.

e) Es innominado y atípico: el contrato no tiene una denominación ni registra una

regulación expresa, completa y unitaria en nuestro ordenamiento legal.

f) Es no formal: por cuanto no existe ninguna norma que le imponga una forma determinada.

## **2.12 El contrato Reporto.**

Este contrato atípico consiste en la “... *compraventa de títulos valores con pacto de retroventa, en el cual una parte adquiere títulos valores mediante el pago de un precio y se obliga a transferirlos al vendedor en un plazo determinado.*”

El reporto puede definirse como el contrato por medio del cual el reportador, ordinariamente el Banco, adquiere de un tercero (reportado) títulos valores mediante el pago de un precio con la obligación de transferirle los mismos u otros de idéntica especie, contra el reconocimiento de un precio aumentado o del mismo precio, más una prima, comisión o interés.

### **2.12.1 Partes intervinientes en el contrato reporto.**

Las sujetos son el reportador, comprador de los títulos valores y el reportado, es decir, el vendedor de los títulos valores.

### **2.12.2 Naturaleza jurídica del contrato reporto.**

Es difícil precisar la naturaleza jurídica del contrato, pues se ha querido ver en él una simple compraventa y con más propiedad un retracto convencional, pero lo cierto es que el reporto se presenta con caracteres propios y diferenciales de otros contratos que obligan a calificarlo como figura autónoma dentro de las categorías contractuales, calificándolo como un contrato de crédito.

### **2.12.3 Características del contrato reporto.**

-Contrato de Crédito: Su principal finalidad es la de conseguir la liquidez de manera transitoria, por lo que el reportado transfiere los títulos con la intención de recuperarlos, y el reportador contar con un respaldo para la recuperación de su dinero.

-Real: La esencia de este contrato es la transmisión de la propiedad de los títulos y se perfecciona con dicha entrega.

-Transfiere la propiedad de los títulos reportados: El reportador dispone de los títulos, siempre que pueda devolver al reportado otros del mismo género y cantidad, idénticos en sentido jurídico y no físico. Se deben tratar de títulos negociables de manera rápida y de fácil sustitución en el mercado.

-Oneroso: Debido a que la persona que necesita de la liquidez (reportado), se obliga a pagar al reportador un sobreprecio en el momento de la recompra y que es la retribución por el beneficio del negocio.

-Bilateral: Produce obligaciones tanto para el reportado como para el reportador. Las del

reportado, en primer lugar, hacer la transferencia de las acciones o títulos al reportador, vencido el contrato readquirirlos, pagar el precio y el correspondiente premio. Y las del reportador, pagar el precio en el momento de efectuarse la transmisión de los títulos de créditos o valores, conservarlos para retransmitirlos.

-Principal: No requiere de otro contrato para su eficacia o existencia jurídica.

Autónomo: Tiene características que lo hacen diferente a los demás contratos similares.

Ejecución Sucesiva: Durante la vigencia del contrato, las partes van ejercitando derechos que les son propios, no se agotan las obligaciones con el perfeccionamiento del contrato.

Aleatorio: Puesto que su objeto recae sobre títulos de crédito o valor, que son cotizados en oferta pública, están sujetos a fluctuaciones de alzas y bajas en precios, e implican una duda o expectativa en cuanto al margen de ganancia o pérdida de determinado negocio.

### **2.13 El contrato de Outsourcing.**

Este contrato corresponde a una necesidad de la industria y comercialización de bienes servicios del mundo moderno, consistente en que *“Es un contrato en el que una parte, el empresario contratante, decide delegar sus actividades, en la otra parte, el outsourcing, empresa especializada, o profesional, la realización de labores de servicios, actividades administrativas, de producción o de construcción, para que esta, de manera independiente, bajo su responsabilidad y con sus propios medios, y con los elementos que le suministra la contratante, las lleve a cabo”*.

Este contrato consiste en el uso estratégico de recursos exteriores a la empresa para realizar



actividades informáticas o de ingeniería de sistemas ejecutadas por personal y recursos internos. Outsourcing es una estrategia de administración por la cual una empresa delega la ejecución de ciertas actividades a empresas altamente especializadas.

### **2.13.1 Naturaleza jurídica del contrato de Outsourcing.**

Lo esencial para determinar la naturaleza y alcances que ha de tener el contrato es fijar su objeto preciso. Para ellos, la organización no se debe sentir atada por ninguna categoría o figura predeterminada que la obligue a ceñirse a sus moldes. Lo que tiene que hacer es realizar una lista de las tareas que, según las necesidades de la organización, debería realizar el proveedor de outsourcing.

Con esta lista y examinado lo que demanda al proveedor, se puede determinar si el contrato encaja como una locación de servicios, una locación de obra o como una mezcla de ambas figuras.

Es un contrato de colaboración entre el gran empresario y el pequeño empresario ya que este último no tiene facilidad para competir, pero puede desarrollar actividades económicas de su especialidad.”

### **2.13.2 Partes intervinientes en el contrato de Outsourcing.**

Intervienen el *“LOCADOR: Persona natural o jurídica que posee unas obligaciones concretas, aun que en algunos casos, será el encargado de realizar un conjunto de tareas o de prestaciones variadas. Lo importante es que sus tareas queden claramente señaladas con todas sus características.*

ORGANIZACIÓN CONTRATANTE: Es la empresa que necesita que el proveedor outsourcing o locador entregue determinados productos, un determinado número de retos, etc., dentro de un plazo pactado.

### **2.13.3 Características del contrato de Outsourcing.**

El ser un contrato de COLABORACIÓN, excluye cualquier vínculo tendiente a simular o eludir las obligaciones de carácter laboral, es decir, que debe adolecer de cualquier tipo de subordinación o dependencia. Empero la independencia de las empresas contratantes en outsourcing, debe ser real, so pena que deban sujetarse a lo que la doctrina llama el levantamiento del velo societario, veamos:

- Es un contrato mercantil, no laboral.
- Es consensual: por su misma naturaleza mercantil, salvo la exigencia de formalidades.
- De adhesión: las partes pueden discutir las cláusulas del contrato.
- Bilateral.
- Oneroso.
- De tracto sucesivo
- Atípico.
- Principal.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **PROCESO AUDITOR COMO HERRAMIENTA PARA LA IDENTIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS SIMULADOS Y FRAUDULENTOS: EL TESTAFERRATO CONTRACTUAL**

Es innegable que en las relaciones jurídico negócias se rompen las exigencias del negocio establecidas por el ordenamiento jurídico, en unas ocasiones por el desconocimiento de la norma jurídica o su indebida aplicación y en otras ocasiones por el querer de las partes o de una de las partes con el fin de obtener un beneficio o unos efectos no atribuidos por la ley al negocio jurídico respectivo.

En las relaciones jurídico negociales entre los particulares con el Estado, es bien sabido que a los primero los impulsa un interés lucrativo basado en los derechos que les ha reconocido el ordenamiento jurídico, pero no debe dejarse de lado que esos negocios tienen un límite como todo derecho. Límite que encontramos en la ley y en los fines de la contratación estatal; el contrato como medio para alcanzar metas sociales.

Los contratos estatales simulados y fraudulentos se tipifican a partir de la vulneración a los presupuestos legales sobre la materia, teniendo en cuenta que todas las actuaciones de la administración deben estar sometidas al imperio de la ley, y que a sus funcionarios sólo pueden hacer lo que les esté expresamente permitido. De esta manera, es propio que en pro de la transparencia que debe existir en los procesos contractuales del Estado y a propósito del ejercicio del control a la contratación, abordar los posibles y más comunes fraudes en que se incurre en los procesos de contratación pública.

Con relación a los contratos estatales, es posible que para su celebración se acuda a la simulación o al fraude contractual valiéndose de justificaciones poco convincentes para celebrar un contrato, de escoger el procedimiento de selección o de escoger el contratista de la administración. De esta manera, tenemos que el inicio para un fraude contractual lo encontramos desde la etapa de preparación del contrato, en donde se vulneran todos los principios de la contratación establecidos es el EGC. Así por ejemplo, para celebrar un contrato de concesión la ley de manera clara y expresa establece que el procedimiento de contratación es la licitación pública y considerar cualquier otra alternativa, de primera mano generaría serios indicios de un fraude contractual.

Para lograr lo anterior, los funcionarios y particulares interesados en el negocio, se valen de

elementos engañosos para lograr su cometido. Sobre los motivos para la celebración de un contrato público, RICO PUERTA nos muestra que *“el motivo que induce a la celebración de un contrato de obra pública para la construcción de una carretera, por ejemplo, bien puede estar representado en la imperiosa necesidad que una comunidad tenga de sacar sus productos a los mercados. De construirse una carretera en la cual no puede predicarse estas circunstancias, se estaría en presencia de una falsa motivación y por lo mismo, de una causal de anulabilidad de ese contrato”. Y concluye, “en consecuencia, la falsa motivación del contrato estatal tiene su génesis inmediata en los estudios previos, en la etapa prenegocial, dado que en ella, el Estado debe hacer un exacto análisis de la realidad que va a resolver con el contrato mismo”.*

### **1. Los contratos estatales simulados y fraudulentos.**

En la formación y celebración de los contratos estatales, es de gran importancia el acuerdo de voluntades de las partes sobre el objeto del contrato y el alcance de las obligaciones; *“en la formulación y contenido del negocio”*, pero la autonomía de la voluntad de los que intervienen en el negocio jurídico no puede sobrepasar la norma jurídica, la norma imperativa; de tal manera, que estas, además de aquellas normas consideradas de orden público, prevalecen sobre el acuerdo de voluntades entre la administración y los particulares.

En los contratos estatales, cuando se presenta algún fenómeno de simulación o fraude se quebrantan los principios del estado social y democrático de derecho en una doble dimensión. De una parte, se vulneran los principios constitucionales de la función administrativa y los cometidos esenciales del Estado, en cuanto el contratos es una herramienta para satisfacer necesidades públicas de interés general; y de otra se quebranta el principio de seguridad jurídica de que está revestido todo contrato como herramienta de garantía de protección de los intereses, derechos y patrimonio de las partes comprometida en todo negocio jurídico, y mas cuando uno de los extremos de la relación contractual es el

Estado.

## **1.2 Los contratos estatales simulados.**

En los negocios simulados, se encuentran en realidad dos negocios jurídicos, hay un negocio real y uno aparente. El negocio real es el oculto, el acuerdo simulatorio o disimulado y el aparente es el que se evidencia del texto del contrato, es el negocio simulado. Como lo explica MOSSET, *“la simulación concurre, de una parte, a la creación de un apariencia, vale decir de una situación ostensible que todo el mundo conoce o puede conocer, por oposición a la realidad que queda oculta, sino para todos, para la mayoría de las personas, y, por otra parte, la situación creada es falsa, inexacta, en cuanto no corresponda a la realidad que es disimulada. A una situación real que permanece oculta, corresponde una situación aparente y contraria a la realidad”*.

En el acuerdo simulatorio, se desconoce la verdadera naturaleza jurídica del negocio celebrado escondiendo una realidad diferente a la simulada mediante el acuerdo de voluntades, presentándose una dualidad en sentido que es posible que la voluntad de las partes apunte a que el negocio disimulado sea distinto al negocio aparente o simulado o por el contrario, que el negocio disimulado sea de la misma naturaleza jurídica del simulado pero con un contenido distinto, en donde se encuentran cláusulas que si son del contenido y de la naturaleza del contrato que se presentan desde la misma formación del negocio jurídico.

Para lo anterior, las partes acuden el negocio simulado valiéndose de diferentes herramientas como pueden ser el testaferrato contractual, la simulación en el objeto del contrato, la simulación en el patrimonio, en el precio, en la fecha de formación del negocio o de las modificaciones en el mismo o la simulación en la causa.

## 1.2. Los contratos estatales fraudulentos.

Los contratos fraudulentos hacen referencia a los límites a que deben someterse las partes en una relación contractual, estas limitaciones no son más que aquellas establecidas por el derecho mediante la ley. De esta manera, todo acuerdo de voluntades debe sujetarse al imperio de la ley que regula la forma y el contenido de los contratos en general.

*“El poder jurídico acordado a la voluntad privada, el poder de general normas jurídicas o poder jurigenético de la voluntad, otorga una sólida base al intento de reconstruir una noción unitaria del fraude. Se habla en consecuencia, del fraude a la regla jurídica; que comprende tanto el fraude a la regla general, la ley, como el fraude a la regla individual nacida del negocios jurídicos (fraude pauliano)”.*

En cuanto a los negocios fraudulentos, MOSSET, aclara “que el acto fraudulento no ataca abiertamente la norma imperativa; no representa una rebeldía contra el orden jurídico. Por el contrario, exteriormente no aparece y muestra un rostro de legalidad. De ahí que aún a riesgo de recibir ciertas impugnaciones... prefiramos distinguir dentro del género de los negocios antijurídicos: a) los contrarios a la ley, sea en su letra o en su espíritu; b) los en fraude a la ley; y c) los que abusan de los derechos que la ley acuerda. El negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada la ley de cobertura, por medio de la cual se viola otra norma, llamada ley defraudada”.

*“La ley de cobertura es, por lo general, suficientemente vaga o genérica como para posibilidad la invocación de su ampara”... “Pero la llamada ley defraudada no existe de manera expresa; no se viola ni en la letra ni en el espíritu norma alguna. Esa es la razón de la dificultad de la cuestión. Para que tal norma defraudada aparezca será menester buscar más allá de los verba legis; descubrir los fines de la ley, partiendo*

*del bloque único, monolítico, de la legalidad. En consecuencia, citando un texto de Ulpiano en el Digesto (Lib. I. Tit. III, Fraga. 30) “hay fraude contra la ley cuando se hace aquello que ella no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutará. Lo que dista el dicho del sentido, esto dista el fraude de lo que hace contra la ley”*

## **2. De las modalidades de selección de contratistas y el fraude contractual**

Durante el proceso de selección de los contratistas del Estado, en ocasiones se presenta que las entidades públicas adelantan un proceso de selección sin ser el establecido en la ley para la escogencia de un contratista, violando las normas de contratación estatal lo que se traduce en un fraude a las mismas. El fraude en los contratos estatales, puede presentarse a partir del momento en que la entidad decide adelantar un proceso de contratación y la determinación del procedimiento no obedece a los principios y reglas consagrados en la ley, sino que obedece al desconocimiento de la ley y/o motivaciones personales, situaciones de donde surge una relación directa entre el fraude y la mala fe, el dolo, el abuso, el engaño, la ilicitud, la defraudación, etc.,

Los contratos estatales que se celebren utilizando métodos fraudulentos, siempre tendrán un reproche en el ordenamiento jurídico que le negará los efectos que los contratantes buscaron encontrar en la misma norma defraudada. De esta manera, como bien lo señala Jorge Mosset Iturraspe, *“estando por medio una norma imperativa, en cuya vigencia se encuentran interesados el orden público, en sus distintos aspectos, o las buenas costumbres, la nulidad o anulabilidad mencionada será siempre absoluta, no siendo obstáculo para ello la falta de sanción expresa, de una declaración concreta de nulidad; pues es sabido que la nulidad es sanción aplicables a la generalidad de los actos contrarios a la ley, se trata de una infracción abierta o encubierta”*.

Para descubrir el fraude a ley, los órganos de control o las entidades públicas pueden valerse de cualquier medio probatorio prescrito en la ley, pero en el negocio fraudulento las partes o los terceros beneficiados con el fraude siempre sus participes tendrán cuidado en ocultar todas las pruebas que den indicios del fraude y por el contrario siempre utilizarán las mismas normas para escudarse, de tal manera que se torna importante en los intérpretes de la ley tener la suficiente claridad sobre la finalidad de las normas toda vez que es suficiente que esta aparezca violada para que se considere que ha existido un fraude en los contratos estatales.

Vale recordar aquí lo dicho anteriormente respecto de las nulidades en los contratos estatales, y es que en tratándose de estos existe una notable diferencia con los contratos del derecho privado, pues mientras en los últimos las nulidades sólo puede ser declaradas por el juez del contrato, el EGC en tres casos puntuales otorga herramientas a la administración para que una vez se percate de que ha ocurrido una causal de nulidad, pueda ésta declararla mediante acto administrativo, facultad que se encuentra sujeta al control de órganos disciplinarios, fiscal y penal; pues si la administración no hace uso de esta facultad una vez evidenciados los supuestos de la norma, los servidores públicos podrían estar incurso en conductas sancionadas por el ordenamiento jurídico y es donde las contralorías frente al proceso auditor toma ventaja de los demás órganos de control, teniendo en cuenta que las contralorías cumplen sus funciones de control no siendo necesario la denuncia o querrela de parte.

Ahora bien, para empezar a tratar los posibles fraudes durante los procesos de selección de los contratistas del estado, es necesario tener presente que mediante la reciente reforma introducida al EGC, ley 1150 de 2007, se introducen medidas para la eficiencia y



transparencia en la Ley 80 de 1993, y en tal virtud la nueva regulación establece como modalidades de selección la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos y la contratación de directa, estableciendo las condiciones y reglas para cada una de las modalidades.

Determinar el procedimiento de selección que se va a utilizar para contratar determinado objeto contractual, aunque en ocasiones sea una labor complicada, el servidor público responsable del proceso de contratación debe realizar las gestiones y estudios necesarios a fin de determinar con certeza jurídica cual es el procedimiento a utilizar para contratar las actividades requeridas por la administración. Lo que no se puede, es llegar al absurdo de creer que la administración en aquellos casos en donde la estructuración del proceso es complicado, que esta decida tomar una decisión facilista. Por ejemplo, si existe duda en determinar si el procedimiento que se debe adelantar para contratar determinado objeto, es una licitación o una contratación directa, se escoja la licitación pública.

## **2.1 El fraude en razón a la cuantía del contrato.**

En razón a la cuantía de los contratos estatales, determinada esta de acuerdo con el presupuesto anual de cada entidad, la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, previeron los requisitos, procedimientos y formalidades a los que deben someterse estos contratos. De esta forma, podemos identificar aquellos negocios jurídicos que se han celebrado “en fraude a la ley y negocios contrarios a ley”. Ambos negocios antijurídicos, pero en concordancia con lo dicho anteriormente, los primeros, es decir los celebrados mediante fraude a la ley, persiguen un resultado que no equivale a los perseguidos por la ley no obedecen a su espíritu y los segundos los contrarios a la ley, que son celebrado contra expresa prohibición del ordenamiento jurídico.

Con base en lo anterior, tenemos que conforme a la cuantía se pueden celebrar tres contratos distintos, teniendo en cuenta el presupuesto anual de cada entidad expresado en salarios mínimos legales mensuales, de tal manera que tenemos contratos de mayor, menor y aquellos equivalentes al 10% de la menor cuantía y por cada una de esa clasificación aplicaremos el procedimiento que establezca la ley. Aquí es importante aclarar, que para determinar el procedimiento de selección, no sólo basta tener en cuenta la cuantía del proceso, sino también otro elemento como el objeto.

En cuanto a la cuantía, la Ley 1150 de 2007, en el literal “b” del artículo segundo, establece que se adelantará por el procedimiento de selección abreviada la contratación de menor cuantía y para el efecto fija la menor cuantía para las entidades públicas teniendo en cuenta el presupuesto de las entidades estatales, expresado en salarios mínimos legales mensuales.

No obstante lo anterior, no todos los procesos contractuales de menor cuantía se adelantan por el procedimiento de selección abreviada, pues en esos casos específicos se ha señalado un procedimiento diferente en razón ya no de la cuantía si no del objeto del contrato y que trataremos más adelante.

Teniendo en cuenta los monto de la menor cuantía, se establece la mayor cuantía y la menor cuantía. La mayor cuantía corresponde entonces a aquellos procesos cuyo presupuesto sobrepasa el valor de la menor cuantía y entonces el procedimiento se escogerá teniendo en cuenta el objeto del contrato y en tal sentido podrá ser cualquiera de los cuatro procedimientos que señala el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007.

## **2.2 El fraude en razón al objeto del contrato.**

Durante la etapa de formación de los contratos estatales, es posible que las partes o más bien la entidad contratante, decida adjudicar o celebrar un contrato por el proceso de selección que no corresponde, pero ya no en atención a la cuantía, sino que se vale de malabarismos jurídicos para justificar, por ejemplo un proceso de contratación directa en donde de conformidad con la ley, no corresponde.

Conforme a lo anterior, en un contrato para la defensa judicial de una entidad, lo que se tiene en primera instancia es que este es un contrato de prestación de servicios profesionales con una persona natural o jurídica, y por tanto, el procedimiento de contratación debe someterse a la contratación directa y en este caso no habría complicación. Pero, si la entidad necesita a una persona natural o jurídica no para que sea apoderado en un proceso judicial de manera particular, sino para que se encargue de la defensa judicial de la entidad, el procedimiento de contratación no puede ser el de contratación directa. En este caso, lo procedente es celebrar una licitación pública o selección abreviada dependiendo de la cuantía del contrato.

## **2.3 El fraude en razón a la naturaleza, cantidad, estado y calidad de los bienes y servicios; y el acto de recibo y entrega a satisfacción.**

En todo proceso de contratación, la entidad estatal antes de proceder a adelantar el respectivo proceso, debe contar con todos los estudios previos en donde se especifiquen el alcance del objeto de los bienes, servicios u obras a contratar. Los estudios previos en conjunto con los pliegos de condiciones determinan las condiciones y características del objeto del contrato. En estos documentos con los cuales debe contar la administración antes

de iniciar el proceso de contratación, se establecen los requisitos mínimos sobre la viabilidad de ese proyecto y las características sobre la ejecución del contrato, lo cual comprende la calidad de los bienes que se van a utilizar en la ejecución del objeto del contrato.

Bajo los anteriores presupuestos, la administración al terminar el plazo de ejecución del objeto del contrato, durante las entregas parciales que se hagan del mismo o durante la ejecución del contrato, debe verificar que el cumplimiento del contrato se ajuste a los requerimientos de la administración y que quedaron consignados en los pliegos de condiciones. Teniendo en cuenta estos presupuestos, se puede evidenciar un fraude durante la ejecución del contrato.

Ese fraude en la ejecución de los contratos estatales, se presenta cuando el contratista con el beneplácito de la administración no cumple, o cumple de manera defectuosa el objeto del contrato y la entidad pública contratante no ve ningún reparo en permitir que el particular siga ejecutando el contrato o que le reciba los productos a satisfacción. Para llegar a establecer un posible fraude en la ejecución del contrato, debe tenerse en cuenta que tipo de obligaciones contrajo el contratista para con la entidad en virtud del contrato. De esta manera, encontramos que puede haber contratos con obligaciones de dos tipos, obligaciones de medio y obligaciones de resultado. *“La obligación será de medio o de resultado, según la mayor o menor probabilidad que tenga el deudor de alcanzar el objetivo último buscado por el acreedor al celebrar el contrato”*.

Tomando como fundamento lo anterior, es posible afirmar, que si desde antes de iniciar la ejecución del contrato, las partes conocen a detalle el alcance del objeto del contrato y sus especificidades su resultado debe ser asegurado conforme las exigencias de los pliegos de

condiciones y asegurados por el contratista y de otra parte, a la administración le asiste el deber de recibir lo efectivamente pactado en el contrato.

Se exceptúa de lo anterior, aquellos contratos que por la naturaleza de sus obligaciones el contratista sólo se compromete a realizar una labor y no se pueden comprometer a lograr un objetivo. Pasa lo anterior, en aquellos contratos suscritos con abogados, médicos etc., en donde sólo se comprometen a poner en práctica todo su conocimiento, experiencia, pericia, para lograr un objetivo, sin que esto implique que se comprometen a alcanzar un resultado.

### **3. La Contratación de los grupos económicos no declarados como unidad de empresa.**

En Colombia existen disposiciones legales que regulan la declaración de unidad de empresas, con el fin de administrar y manejar en unidad de caja los aspectos financieros y contables de las distintas empresas, ya que las mismas independiente de su existencia jurídica individual, hacen parte de un mismo grupo económico, en cuanto están administradas y dirigidas por una misma línea directiva, y finalmente los propietarios, órganos administradores y asambleas tienen toda una estructura que obedecen unos mismos lineamientos.

En este caso, cuando la Superintendencia de Sociedades declara mediante acto administrativo la unidad de empresa, para la administración pública contratante es fácil identificar la existencia o no de las causales de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses establecidas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1474 de 2001, para participar en proceso de selección y celebrar contratos con la administración pública; ya que ésta declaración administrativa permite establecer con certeza jurídica que no pueden

participar dos empresas simultáneamente al mismo proceso de selección, como también es posible establecer la relación entre una empresa y otra para evitar que el contratista constructor tenga como interventor y supervisor un contratista singular o plural que sea miembro del mismo grupo económico.

Pero cuando en el mercado existen múltiples empresas, con objetos sociales diversificados, controladas por las mismas directivas y propietarios de un grupo económico que existe de hecho, pero que jurídicamente no ha sido declarada como tal; esto finalmente se convierte en un mecanismo que facilita evadir el régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades y de conflicto de intereses, ya que éstas causales son de naturaleza taxativa, de reserva legal y de interpretación restrictiva, y ello conduce a que la administración tenga que admitir varias ofertas para un mismo proceso de selección y que un contratista de obra tenga como interventoría una empresa del mismo grupo, ya que éstas se presentan con una apariencia de independencia que se demuestra jurídica y documentalmente, pero que de manera oculta son administradas, y controladas por un mismo grupo económico.

#### **4. La contratación de empresas de un grupo económico declarado por la autoridades como unidad de empresa.**

De allí que las administraciones públicas contratantes, en los pliegos de condiciones deben señalar que no podrán presentarse a un mismo proceso de selección dos o mas ofertas singulares o plurales que pertenezcan a un mismo grupo o unidad de empresa de derecho, debidamente declarada por acto administrativo ejecutoriado expedido por la Superintendencia de Sociedades; así como tampoco se podrán presentar dos o mas ofertas plurales o singulares que pertenezcan a empresas que tengan vínculos de hecho entre sí y que sean controladas por unas mismas líneas, directrices y empresas matrices, de tal manera

que de existir la entidad pública podrá rechazar todas las ofertas independientemente de su orden de presentación, en uno y otro caso, ya por unidad de empresa de hecho o de derecho; con ello se garantiza que un interventor no le realice vigilancia a un contratista de su mismo grupo económico; como tampoco que participen en una misma licitación con más de una propuesta.

**5. Los contratos celebrados con personas naturales, personas jurídicas, consorcios, uniones temporales que hacen contribuciones a partidos, movimientos y candidatos para campañas políticas.**

Ya decíamos que los oferentes o contratistas singulares, son aquellas personas naturales y jurídicas que intervienen en una actuación precontractual, contractual y postcontractual por sí mismas, sin colaboración empresarial alguna. Por su parte, el oferente o contratista plural es aquél que participa en un proceso de selección y celebra un contrato estatal como consorcio o unión temporal, y para el caso de la oferta quien participa como promesa de sociedad futura.

La Ley 1474 de 2011 en su artículo 2o dispuso como causal de inhabilidad, que las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y alcaldías con aportes superiores al 2.5% de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral establecidas por el Consejo Nacional Electoral, no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato.

Esta inhabilidad es temporal, por cuanto tiene vigencia por el periodo para el cual el

candidato fue elegido, lo que indica que si el servidor público fue suspendido disciplinariamente, o se le impuso medida de aseguramiento o está separado del cargo por una causal de retiro temporal, de todas maneras la inhabilidad sigue vigente, por cuanto la norma de manera clara señala que está vigente la inhabilidad durante el periodo para el cual fue elegido, a menos que el reemplazo sea elegido mediante sufragio universal.

Esta inhabilidad se aplica a todas las empresas que sean miembros de un mismo grupo económico, a por unidad de empresa de derecho o por vía de hecho. Así mismo, deberán tener en cuenta para la inhabilidad en los casos en que no haya declaración administrativa de unidad de empresa, los vínculos hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del representante legal o cualquiera de los socios de sociedades distintas a las anónimas abiertas dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1474 de 2011.

## **6. Los vínculos de consanguinidad, afinidad y civil asociados a personas naturales y jurídicas que celebran contratos estatales.**

Cuando se trate de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses para participar en procesos de selección y contratar la interventoría para realizar vigilancia a un contrato estatal; así como para contratar con entidades estatales donde el Alcalde, Gobernador o Presidente haya recibido aportes superiores al 2.5% de los valores que se pueden invertir en la campaña debe tenerse en cuenta, que si existe la declaración administrativa de unidad de empresa, basta la acreditación del acto administrativo ejecutoriado donde aparece a cada una de las personas naturales y jurídicas que hacen parte de ellas; y si se trata de grupos empresariales de hecho, se debe acreditar con los certificados de existencia y representación legal de las Cámaras de Comercio, contratos de asociación futura, y la prueba de los vínculos de consanguinidad en segundo grado, así como el



segundo grado de afinidad y primero civil.

## **7. El testaferrato contractual o contratación por interpuesta persona.**

El testaferrato contractual es un instituto de naturaleza doctrinal, que consiste en que una persona natural o jurídica directamente, o través de contratistas plurales como consorcios o uniones temporales presentan ofertas en los procesos selectivos contractuales de las entidades públicas y celebran contratos estatales de una o mas tipología, con la finalidad de añadir la aplicación del régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses.

De allí, que quien no puede celebrar contratos acude a los sujetos contractuales singulares o plurales a fin de acceder de manera ilegal a los contratos de las administraciones públicas, y se les denomina testaferrato contractual, o contratación por interpuesta persona porque jurídica y materialmente existe de manera aparente un contrato estatal celebrado con un contratista que reúne los requisitos de capacidad legal para el mismo, pero que existe un verdadero contratista detrás del contratista, éste último de manera oculta, pero que es quien verdaderamente controla el emporio contractual, es quien señala las directrices contractuales, y es el verdadero depositario de las utilidades del contrato.

## **8. Los denominados carruseles de contratación como expresión del testaferrato contractual.**

El carrusel de la contratación, es la expresión que se utiliza para denominar aquellas prácticas que le permiten a los empresarios evadir el régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses en materia de contratación, haciéndose titular en calidad de contratistas de varios contratos con la administración

pública a nombre de distintas empresas independientes, pero que finalmente el control, administración y utilidades de los distintos contratos llegan al mismo propietario del negocio contractual.

El testaferrato contractual es una expresión de la misma especie jurídica de los carruseles de contratos. El primero hace referencia a que el aparente contratista tiene de manera oculta el verdadero contratista, a quien le sirve y le presta los requisitos jurídicos para hacerle fraude a la ley, y es lo que se conoce como contratación a través de interpuesta persona. Por su parte, el carrusel de contratos supone igualmente un contratista aparente y uno oculto, pero es utilizado para referirnos al mecanismo de evasión del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pero por sobre todo para referirnos a la concentración ilegal de una pluralidad de contratos en un mismo grupo económico, a donde llegan todos los recursos que ingresan en virtud de los contratos obtenidos a través de empresas fachadas.

## **9. Las pirámides financieras y grupos económicos de contratación estatal.**

Se le denomina pirámides financieras de los grupos económicos de contratación estatal, a aquellas prácticas empresariales que aprovechan la existencia jurídica de una o varias empresas cuya unidad principal de negocios es suscribir contratos estatales, que se convierten en fuente de ingresos, ya por los desembolsos de los anticipos, por los pagos anticipados que reciben, por los ingresos periódicos en virtud de la facturación que les permite la ejecución de los contratos, las cesiones de derechos económicos que hacen a entidades financieras o a otras empresas, la pignoración que hacen de los créditos que tiene el contratista en cada contrato, la entrega en garantía de los contratos suscritos para amparar créditos, la captación en mesas de dinero para invertir en los contratos, y los ingresos que reciben por concepto de los flujos pactados en los contratos de concesión por recaudo de

peajes, valorización, tarifas, tasas eco.

Todo lo anterior, se convierte en fuente de ingresos del grupo empresarial que tiene como unidad de negocio principal la celebración de contratos con el Estado. Mientras el grupo empresarial-contratista estatal cumpla con todos los contratos estatales, en la ejecución de su objeto, obligaciones principales, generales y especiales, y entregue las obras, los bienes y servicios contratados, y exista una administración estable de los recursos, créditos e inversiones, el grupo empresarial podrá cumplir con sus obligaciones contractuales, aún sin patrimonio propio o suficiente para autoapalancarse. Pero, cuando uno solo de esos negocios fracasa, es decir, una concesión estratégica reduce notablemente sus flujos positivos de ingresos y ello conlleva a que el grupo empresarial presente problemas de caja para cumplir los compromisos, se presenta una falta de capacidad administrativa, operativa y financiera que puede llevar a un colapso empresarial, que puede dar al traste con la organización empresarial, hasta el punto que deba intervenir la Superintendencia de Sociedades por vía de Liquidación empresarial, o a la aceptación de la solicitud para que el grupo empresarial se acoja a la ley de salvamento o de acogimiento al acuerdo de reestructuración de pasivos conforme a la Ley 1116 colombiana.

#### **10. El móvil de la simulación y el fraude en los contratos estatales.**

En palabras de MOSSET ITURRASPE, “el motivo que determina a las partes en un negocio jurídico a actuar en fraude a la ley no es otro que el designio de evitar los alcances de una norma cuya preceptiva no puede ser dejada de lado”. Mediante el contrato estatal, no sólo se comete el fraude con el designio de ganarse un proceso de selección, o de obtener una contraprestación mayor a la que en derecho corresponde; sino también, se puede utilizar el contrato como medio para la evasión de impuestos, para el ocultamente de

inhabilidades e incompatibilidades, se comete un fraude para evadir la acción de la ley ante una posible acción de repetición.

Por otro lado, la causa del fraude o de una simulación en un negocio indiscutiblemente lleva consigo que una de las partes se beneficie de ese negocio, convirtiendo al defraudador principal en el negocio y la otra parte, será un cómplice del contrato fraudulento. Con los negocios fraudulentos, se obtiene un beneficio desde el mismo momento en que realiza el negocio viciado; pues con el se evita, por ejemplo, que los descalifiquen en un proceso de selección, se evita que le embarquen los derechos económicos de un contrato, etc.

En cuanto a la fines del negocio fraudulento, podemos afirmar que pueden ser los mismo que encontramos en una desviación de poder o una falsa motivación de los actos o contratos de la administración; y en tal sentido, “como lo anota JOSÉ ROBERTO DROMI, en la desviación de poder se hace uso de las facultades legales y se toma a la ley como medio para consumir la arbitrariedad”. De esta manera, reconoce las siguientes modalidades para la arbitrariedad:

- Fin personal**, cuando el acto ha sido producido para satisfacer una animosidad del agente (venganza, partidismo, favoritismo, lucro, etc.)

- Fin extraño**, el querer favorecer el interés particular de un tercero en detrimento de otro; por ejemplo si un funcionario puede en el caso contratar directamente sin licitación pública, contratar con una empresa determinada porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato.

- Fin administrativo distinto a la ley**, cuando se protege un interés de carácter

general pero diverso a aquel querido por la ley de la función. Éste es un caso común de desviación de poder. El funcionario imbuido de un erróneo espíritu fiscaliza y estadista pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración y del Estado. Por ejemplo, el aplicar el mayor número de multas, no para desalentar el incumplimiento de las ordenanzas sino para obtener fondos para la comuna.

#### **11. Consecuencias penales, fiscales, disciplinarias y administrativas de los contratos simulados y fraudulentos: La experiencia en Colombia.**

En los casos en donde existe unidad de empresa debidamente declarada mediante acto administrativo, es posible identificar fácilmente las empresas, representantes legales y personas naturales que hacen parte de ese grupo, y ello facilita que tanto las entidades públicas, la superintendencia de sociedades y la misma competencia en los procesos de selección de contratistas puedan identificar la existencia de causales de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses a fin de que se proceda a rechazar la ofertas, a dar por terminado de manera unilateral los contratos estatales, a promover las cesiones contractuales respectivas y a demandar la nulidad absoluta de los contratos incursos en éstos vicios de legalidad, validez y eficacia del negocio jurídico.

Pero la experiencia en Colombia hasta antes de la expedición de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, es que dado el carácter taxativo y de interpretación restringida de las causales de inhabilidades e incompatibilidades, no era posible rechazar las ofertas, declarar la terminación unilateral del contrato, promover la cesión o demandar la nulidad absoluta del mismo.

Pero la Ley 1474 de 2011 se convierte en una herramienta necesaria y eficaz para que las

entidades públicas, cuando quiera que observe la exigencia de pirámides financieras contractuales carruseles de contratos contratación por interpuesta persona, participación por parte de empresas del mismo grupo empresarial en mas de una vez en un proceso de selección y lo que es peor, la contratación de una interventoría con un sujeto perteneciente el mismo grupo que celebra y ejecuta el contrato sometido a vigilancia y supervisión; pueda evitarlo en cuanto cuenta con herramientas como lo siguiente:

- A fin de evitar, procederá a solicitarle a la Superintendencia de Sociedades la declaración de unidad de empresa, siempre que se reúnan los requisitos de ley.

- Establecida la existencia de vínculos de segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil con el representante legal, con los socios, salvo las sociedades anónimas abiertas, procederá a rechazar la ofertas, a revocar el acto de adjudicación del proceso de selección, a dar por terminado el contrato estatal de manera unilateral, a promover la cesión del contrato o a demandar ante el juez del contrato su nulidad absoluta.

- La entidad en caso de demostrar documentalmente el vínculo empresarial de hecho entre las distintas empresas que hacen parte del mismo grupo empresarial, puede rechazar las ofertas y a tomar las medidas necesarias a fin de evitar la suscripción del contrato o para evitar que se continúe con la ejecución del mismo.

Desde el punto de vista disciplinario, incurre en falta disciplinaria los servidores públicas que a sabiendas de la existencia de las causales de inhabilidad e incompatibilidad, permiten la participación por mas de una vez a distintas empresas de un mismo grupo empresarial en un proceso de selección o la celebración de dos o mas contratos en un proceso de licitación pública que adjudica varios contratos por grupos, que es lo que se conoce como sistema de

adjudicación por escaleras.

El sistema de adjudicación por escaleras, consiste en que por economía procesal se ordena la apertura de un proceso de licitación pública que ha dividido un proyecto en distintos grupos, de tal manera que bajo el amparo de una misma licitación se presentan el mismo oferente a tantos grupo como se divida el proyecto, pero conforme a su voluntad se puede presentar a un grupo o a todos, pero con la regla de que sólo se puede ganar un solo grupo, esto es que si su oferta ocupa el primer lugar en varios grupos se le adjudica el de mayor valor para suscribir su contrato y sale de la competencia, dejando en los demás participantes la posibilidad jurídica de que se le adjudiquen los demás grupos a igual número de oferentes. En este caso con una sola oferta a nombre de un mismo proponente puede participar a los distintos grupos, pero no puede presentar dos o mas ofertas con distintos proponentes para participar en el proceso.

Desde el punto de vista el servidor público que lo permita incurrirá en falta disciplinaria, de la prevista en el artículo 48, numeral 30 de la Ley 734 de 2002, en armonía con el artículo 2 de la Ley 1474 de 2011. Desde el punto de vista administrativo, la entidad pública puede solicitar a la Superintendencia de Sociedades la declaración administrativa de unidad de empresa, al igual que lo puede hacer el mismo grupo empresarial, pero cualquier titular de la acción popular para garantizar la moralidad administrativa puede solicitarle al juez que le ordene a la Superintendencia de Sociedades que declare la unidad de empresa.

Desde el punto de vista fiscal, desde que no exista daño patrimonial no habrá responsabilidad por detrimento al patrimonio público, a menos que se pruebe que los dineros públicos recibidos a título de anticipos o de recaudo por concepto de concesiones públicas, hayan salido del patrimonio y control de las empresas fachadas utilizadas por la

interpuesta persona para contratar con el Estado, para terminar en los haberes patrimoniales del oculto y verdadero propietario de las empresas contratistas, evento en el cual habrá lugar al proceso de responsabilidad fiscal, y desde el punto de vista fiscal existe peculado por apropiación por parte de los contratistas tanto aparentes como ocultos, así como también peculado en favor de terceros para los servidores públicos de las entidades contratantes que lo permitieron, y concierto para delinquir entre los particulares y los servidores públicos, fraude procesal en tanto indujeron a la administración a adjudicar y celebrar los contratos, y las falsedades documentales e ideológicas de orden material, por ocultamente y destrucción tanto en documento público como privado.

## **12. Modalidades y formas de comportamiento en el testaferrato, fraude y simulación en los contratos estatales.**

Siempre que por una de las partes o ambas en un proceso de contratación pretendan simular el negocio, existirá en ellos el interés de ocultar, de cometer la falsedad, de engañar mediante la celebración de un contrato aparentemente revestido de legalidad.

Esta posibilidad de fraude es posible en la contratación con personas jurídicas y naturales. En cuanto a los primeros, puede ocurrir por una simulación de la persona jurídica o en la persona jurídica; para MOSSET ITURRASPE, “en el primer caso la simulación afecta a la constitución misma de sociedad ya sea porque se produce la creación de entes ficticios que carecen en absoluto de realidad, ya sea porque se disimula bajo la apariencia de una sociedad la celebración de otro negocio o porque se disimula el tipo verdadero de la sociedad o el carácter de sucursal o filial”. “En el segundo caso, simulación en la sociedad, el ocultamente recae sobre la vida y el desenvolvimiento del ente jurídico y no sobre su origen; afecta la conducta de ella frente a la ley y a los derechos de los terceros”, a lo que



debemos agregar que también puede resultar del ocultamente de las condiciones personales de socios que podrían afectar la validez de los contratos que celebre esa sociedad”.

### **12.1 Noción y alcance del testaferrato en los contratos estatales.**

El testaferrato contractual, consiste en que varios sujetos contractuales participan en un mismo proceso contractual o en distintos procesos y diferentes entidades en el que están incurso en causales de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, para ocultarlo, evadirlo o evidenciarlo se aprovechan del velo corporativo de su organización empresarial, o en los casos en donde no hay unidad de empresa evitan mostrarse como tal o como una misma unidad de negocios de hecho.

#### **12.1 Los contratos estatales simulados y fraudulentos de prestación de servicios con prima de éxito.**

Debe tenerse en cuenta que los contratos de prestación de servicios profesionales, conforme al Código Civil, el Código de Comercio, la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, el decreto 2474 de 2008 y la Ley 1474 de 2011, por tratarse de negocios jurídicos previstos en la ley, es de aquellos contratos denominados típicos, así como también ese de aquellos de contratación directa y cuya remuneración debe estar fundamentada en los estudios económicos en una relación conmutativa de equivalencia entre el objeto, las obligaciones y los resultados obtenidos en virtud del contrato.

De allí, que las administraciones públicas acuden al sistema de remuneración fija, e cuanto

establece unos honorarios fijos para el contratista de prestación de servicios, pero también conforme al objeto y obligaciones especiales, en ocasiones es dable que las administraciones públicas acudan al sistema de remuneración a través de honorarios pactados, pero sometidos al alea del éxito del contrato, es decir, de los resultados obtenidos. Así las cosas, encontramos que por ejemplo si el contratista de prestación de servicios asesora a la entidad pública en la estructuración de un negocio rentable para la administración, la entidad a título de remuneración puede pactar un porcentaje de ella utilidad que reciba la administración, de tal manera que si la entidad no obtiene utilidades o no resulta el negocio posible, el contratista no obtiene remuneración en cuanto no se ha dado el resultado esperado.

Lo mismo ocurre, cuando el alea judicial implica que la administración puede ganar o perder un proceso ante la administración de justicia, lo que implica que el contratista de prestación de servicios en este caso el Abogado apoderado si obtiene resultados positivos o exitosos, obtendrá un porcentaje del valor que se ganó la entidad en la demanda o que dejó de pagar. La Ley no establece un porcentaje fijo, pero las entidades en los estudios de oportunidad y conveniencia lo establece, con la incertidumbre de que los jueces disciplinarios y penales al no existir la tarifa legal, en cuanto la Corte Constitucional las declaró inexecutable, puede llegar en su criterio a establecer que es desproporcionada, lo cual es bastante peligroso para la seguridad jurídica.

De otra parte, es costumbre que entre los Abogados suscriban contratos de gestión jurídica de negocios, en donde los Abogados pactan honorarios a prima de éxito, esto es, que si por ejemplo al oferente le adjudican el contrato, o al contratista le revocan una sanción o le reconocen un desequilibrio económico o le despachan favorablemente una pretensión administrativa, se presenta la causa jurídica que da lugar al pago de los honorarios a título

de prima de éxito.

Debe tenerse en cuenta que en ocasiones tanto los jueces penales como disciplinarios, descubren o establecen que formal y aparentemente es un contrato de prestación de servicios profesionales cuyos honorarios se pactan a título de prima de éxito, pero de manera oculta y real son contratos para darle apariencia de legalidad a coimas contractuales. El primer indicio es si el porcentaje es desproporcionado a la gestión del apoderado, sin perjuicio de que el juez tenga igualmente que valorar el carácter privado del contrato entre dos agentes del mercado, que de todas maneras está sometido al principio de autonomía de la voluntad de las partes, siempre que este contrato no esté relacionado con vínculo alguno con los funcionarios públicos que adjudican, celebran el contrato o resuelven las reclamaciones.

## **12.2 Los contratos de fiducia mercantil irrevocable que tienen como fuente de ingresos la facturación de contratos estatales mediante cesión de derechos económicos.**

En ocasiones, los contratistas estatales acuden a las entidades financieras para acceder a créditos o a sistemas de financiación del contrato para lo cual entregan como garantía el contrato suscrito, esto es, si lo que solicita el contratista es un crédito, la entidad financiera puede aceptarle como garantía el contrato suscrito en el sentido, que de no cumplir con el pago puede solicitar a la entidad o a los jueces las sumas de dinero que tenga el contratista con cargo al contrato pignorado en esa entidad.

El otro mecanismo, es que el contratista estatal suscriba un contrato de fiducia mercantil irrevocable con una entidad financiera que le ha aprobado un crédito, en donde los ingresos

de la fiducia están conformados por el pago de la facturación que hace el contratista a la entidad, sobre la base de que el contratista sólo puede facturar conforme a las estipulaciones del contrato, por ciertos periodos, contra la ejecución del contrato, y luego de descontarles los impuestos, multas, compensaciones, embargos eco, lo que queda se paga por orden del contratista a la sociedad fiduciaria. Para ello, la entidad pública deberá aceptar hacer el pago a la sociedad fiduciaria y no al contratista.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si bien el contratista cede los derechos económicos que este tenga en el contrato, debe precisarse que lo que se cede no es el contrato, ni los derechos económicos de éste, sino la facturación que tenga con cargo a ese contrato el contratista que suscribió con la sociedad fiduciaria el contrato de fiducia, pues esto supone que si el contrato se caduca, se cede, o se da por terminado o se decreta medidas cautelares judiciales, todo esto tiene prelación frente a la fiducia y solo se paga de ella factura lo que quede después de los descuentos, y si el contrato se da por terminado o se cede a otro contratista, cesa para la entidad pública el deber de seguir transfiriendo el valor de la facturación con cargo a ese contrato.

### **12.3 Los subcontratos y ofertas mercantiles suscritos con contratistas estatales para suministrar bienes y servicios.**

Es bien sabido que en el mundo real de la ejecución de los contratos estatales, los contratistas para ejecutar las obligaciones adquiridas tienen que acudir al mercado de los subcontratistas y los proveedores de bienes, materiales y servicios.

Para ello se suscriben subcontratos, entre el contratista estatal y el particular que va a ejecutar parcialmente un componente del mismo, esto es, que conforme a las estipulaciones del contrato se puede subcontratar el porcentaje que éste determine, los ítems del contrato

que se permita, y en ocasiones el contrato establece que la entidad pública debe aprobar los subcontratos al contratista estatal a fin de llevar un control de quienes son los colaboradores del contratista para ejecutar el contrato.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que el decreto 4828 de 2008 dispone que el contratista debe mantener a la entidad indemne en los negocios jurídicos que suscriba con los subcontratistas. Así mismo, la entidad pública para obtener el suministro de los insumos, materiales, maquinaria, bienes y servicios acude a las ofertas mercantiles para amparar y garantizar la efectiva proveedora de todo aquello que requiera el contratista para ejecutar el objeto del contrato.

Es importante precisar que tanto las ofertas mercantiles y los subcontratos, deben estar amparados por los mecanismos de cobertura del riesgo de que habla el decreto 4828 de 2008, pues el riesgo es muy alto, ya que en ocasiones esto constituye una fisura para que los contratistas estatales se apropien de los anticipos, que por fortuna ahora serán manejados por una fiducia, que debe comparar la acreditación documental, con el suministro, existencia y arqueos en las bodegas o campamentos del contratista de los bienes y servicios adquiridos.

#### **12.4 El rol de la entidad contratante, de los interventores y supervisores en el giro, manejo, inversión y la liquidación de los anticipos.**

Con la expedición de la Ley 1474 de 2011, las entidades públicas deberán incorporar en los pliegos de condiciones y en las estipulaciones del contrato estatal la obligación de que el contratista constituya una fiducia mercantil para el manejo del anticipo, al cual debe hacerse control por parte del interventor al giro, desembolso, manejo de la cuenta, rendimientos,

pagos, a la aprobación del plan de inversión del anticipo, su inversión, compra de bienes y servicios, verificación en las bodegas etc.

Así mismo, la entidad fiduciaria será la responsable de que el contratista invierta los recursos en el contrato y que los bienes y servicios adquiridos se pueda comprobar su existencia en las bodegas y campamentos del contratista.

#### **12.5 Las actas bilaterales fraudulentas de liquidación de los contratos, y de la liquidación unilateral fraudulenta de los contratos estatales.**

De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, los contratos estatales se liquidan de acuerdo a la forma prevista en el mismo contrato, denominada cláusula convencional de liquidación del contrato, o en su defecto se aplica el mecanismo de liquidación previstos en la ley, así como los términos y el procedimiento previsto en ella.

Así las cosas, la liquidación bilateral o de mutuo acuerdo prevista en el contrato o la prevista en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007, consiste en que una vez terminado el contrato, se debe realizar una operación administrativa con el fin de establecer el cumplimiento y ejecución de cada una de las obligaciones, el cumplimiento en el plazo, la inversión de los recursos, la entrega de los bienes, servicios y obras contratadas, la liquidación del anticipo o pago anticipado, con el fin liquidar las obligaciones y prestaciones ejecutadas y los pasivos y activos del contrato.

Las partes, de mutuo acuerdo dentro del término, requisitos y procedimientos previstos en el contrato y en la Ley según el caso; llegan a los acuerdos, conciliaciones y transacciones para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo. Para ello, se

exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato o la estabilidad de la obra, la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de respuestas y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

Las actas fraudulentas de liquidación bilateral, consisten en la suscripción de las mismas, incluyendo bienes, obras y servicios recibidas a satisfacción, cuando en realidad los bienes y servicios son de calidad, cantidad y precio inferior a los contratados, cuando se hacen revisiones, compensaciones, reconocimientos, transacciones y conciliaciones en favor del contratista sin que tenga fundamento contractual alguno.

Si la liquidación unilateral del contrato se hace mediante acto administrativo, y la administración incorpora en el acto administrativo bienes, obras y servicios recibidas a satisfacción, cuando en realidad los bienes y servicios son de calidad, cantidad y precio inferior a los contratados, cuando se hacen revisiones, compensaciones, reconocimientos, transacciones y conciliaciones en favor del contratista sin que tenga fundamento contractual alguno; el acto administrativo está incurso en causal de nulidad del acto, así como también los servidores públicos que expiden el acto incurren en el delito de prevaricato por acción en concurso heterogéneo con el delito de peculado en la cuantía que se le reconozca, así como falsedad ideológica en documento público, además del daño patrimonial que de perseguirá a través de la acción fiscal.

## **12.6 Las actas fraudulentas de recibo y entrega de los bienes y servicios**

**contratados.**

En los contratos de obra en cualquiera de sus modalidades se pactan entregas parciales de obra en la medida en que se vaya ejecutando el contrato, cuya sumatoria constituye la entrega total de las obras contratadas. Así mismo, en los contratos de suministro de bienes y servicios a plazos, conforme a la cláusula de entregas parciales o de prestación del servicio, la administración va suscribiendo las actas de recibo a satisfacción cada vez que el contratista entrega y la administración recibe periódicamente. Las actas de entrega y recibo de la obra y de los bienes y servicios contratados, suscritas de manera fraudulenta, consiste en consignar en ella, valor, cantidad, naturaleza y especificaciones distintas a las realmente contratadas, de tal manera que el acta muestra una aparente conformidad entre la ejecución del contrato y las estipulaciones del mismo, pero materialmente la ejecución del mismo es irregular. Allí existe daño patrimonial perseguible desde el punto de vista fiscal, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación o en favor de terceros según el caso, y mediante acción contractual hay lugar a demandar la revisión del contrato.

#### **12.7 Las adiciones en plazo, adiciones en recursos, contratos adicionales y mayores cantidades de obras y suspensiones de los contratos simulados y fraudulentos.**

Las adiciones en plazo, es lo que conocemos como la prórroga en el plazo del contrato, y se hace mediante mutuo acuerdo siempre que haya justificación, ya que ésta consiste en concederle al contratista ampliación del plazo para la ejecución del mismo, cuando por circunstancias ajenas a las partes no se pudo ejecutar el contrato dentro del plazo inicialmente previsto. Pero si la causa es imputable a alguna de las partes, la parte responsable deberá asumir los mayores costos por mayor permanencia o por cualquier otra



causa. Si la causa es imputable al contratista, deberá asumir frente a la entidad los mayores costos en que incurra la entidad por la prórroga del contrato de interventoría. A la entidad le paga la interventoría los costos por la adición al contrato de interventoría por la prórroga del contrato vigilado, pero debe exigirle al contratista en el acto de prórroga que acuerden que de las cuentas acepte el descuento del valor pagado a la interventoría.

Cuando la adición en plazo o prórroga se hace, asumiendo la entidad los mayores costos, mayores permanencias por causas imputables al contratista, se constituye en un fraude a la ley para las partes que es el contrato, puesto que es una forma de defraudar el patrimonio público, haciendo reconocimientos económicos sin causa jurídica alguna.

Las adiciones en dinero a los contratos, las actas de mayores cantidades de obra, y los contratos adicionales, en ocasiones son utilizadas de manera fraudulenta para evadir los procedimientos de licitación, concursos de méritos y de selección abreviada, debido a que no existe identidad de objeto, y las actividades y cantidades adicionadas no son necesarias para la finalidad que debe cumplir las obras, bienes y servicios contratados. Allí existe, por parte de los funcionarios y el interventor falta disciplinaria, y en materia penal existen delitos contra la administración pública, de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos esenciales en concurso heterogéneo con interés indebido en la celebración de contratos, sin perjuicio de los daños patrimoniales en que se incurra. Esas operaciones contractuales son fraudulentas porque vulneran las estipulaciones contractuales, las leyes de la contratación pública, y son simuladas porque ocultan a través de adiciones y mayores cantidades de obra los verdaderos negocios que realizan como son nuevos contratos ensamblados en contratos ya suscritos.

Igualmente, cuando se suspende la ejecución del contrato de mutuo acuerdo sin causa

justificada a pocos días de vencer su plazo, sólo para evitar que se venza el contrato y poder adicionar el contrato dentro de su vigencia, podíamos afirmar que es una suspensión fraudulenta que podría generar un detrimento patrimonial, mayores costos por permanencia en obra y desde luego daría lugar al detrimento patrimonial que puede adecuarse a daño patrimonial, falta disciplinaria y delitos de peculado por apropiación o en beneficio de terceros.

## **12.8 La mayor permanencia en las obras simuladas y fraudulentas.**

Ocorre mayor permanencia en un contrato de obra, cuando el contratista debe continuar con la realización de actividades por fuera del plazo del contrato, o durante las suspensiones o prórrogas del mismo, tales como por ejemplo cuando el contratista debe mantener los servicios de vigilancia, aseo, servicios administrativos durante la suspensión de un contrato, o cuando estando dentro del plazo el contratista incurre en gastos de bodegaje y almacenamiento de materiales, de arriendo de maquinaria sin que pueda ser utilizada en obras porque la administración no ha entregado las autorizaciones administrativas para las talas de árboles, o para el funcionamiento de las redes de desvíos. Cuando las causas son imputables al contratista, la administración no debe hacer reconocimiento alguno, y cuando lo hace esto constituye un fraude al contrato y al patrimonio público que constituye daño patrimonial, falta disciplinaria y delito de peculado principalmente.

## **12.9 El restablecimiento fraudulento del equilibrio económico del contrato.**

La ecuación económica del contrato estatal se desequilibra por causas imputables al contratista en favor de la administración, por causas imputables al contratante estatal en favor del contratista, y por la teoría de la imprevisión en favor de la parte contraria a la que asumió el riesgo según el contrato estatal. De allí, que cuando la administración pública

mediante decisión administrativa restablece el contrato en favor del contratista reconociendo los valores económicos que equilibran el contrato inicialmente suscrito sin que se den las causales antes descotas a la ley, no sólo se incurre en daño patrimonial, sin en reculado por apropiación en favor de terceros según el caso, a mas de la falta disciplinaria para el servidor público y el interventor que lo autorizó. Igualmente ocurre, cuando el contrato se desequilibra en favor de la administración, esto es que el contratista debe restablecer a ala administración pública el valor correspondiente, y no hacerlo implica incurrir en falta disciplinaria, daño fiscal y delito de peculado por apropiación o en favor de terceros.

#### **12.10 Las mayores cantidades de obras ejecutadas de redes de desvíos, demolición y deposición de escombros mediante maniobras de ejecución contractual fraudulentas.**

En ocasiones, los interventores y la partes contractuales suscriben acta de mayores cantidades de obra, que sea inferiores o que supere el 50% del valor inicial del contrato. Cuando estas cantidades de obras son distintas a las inicialmente contratadas, no surge su necesidad durante la ejecución del contrato de manera imprevisible, y no son necesarias para cumplir la finalidad a que está destinado el objeto contratado, se podría afirmar que se está aprovechando el contrato en ejecución para garantizarle mayores utilidades al contratista, quien en virtud de esas mayores cantidades ejecuta unas actividades que legalmente tienen que ser contratadas mediante la licitación pública respectiva o el procedimiento legal que corresponda.

#### **12.11 El fraude mediante la mayor permanencia por riesgos prediales.**

Cuando el contratista, tiene que mantener los costos de arriendo de maquinaria y equipos, vigilancia, arrendamientos, personal administrativo sin poder ejecutar la obra porque no le han entregado el predio o los predios requeridos, esos mayores costos por permanencia deben ser asumidos por la administración, siempre que el riesgo de predio sea asumido por la entidad pública contratante, pero cuando el riesgo de predio es asumido por el contratista o este tiene la obligación de organizar los frentes de obra según vaya recibiendo los predios durante el plazo del contrato, no hay lugar a reconocimiento alguno y este debe ser asumido por el contratista particular.

#### **12.13 El fraude contractual mediante las glosas a los diseños por parte del contratista.**

Cuando el contratista ejecuta el contrato llave en mano, esto es, que este mismo diseña la obra y ejecuta el contrato, no existe posibilidad legal y contractual alguna que haya lugar al reconocimiento económico por ajustes, adaptaciones y complementaciones de diseños, pues es una actividad integral que asume el contratista salvo las adiciones y mayores cantidades que son normales y ordinarias en todo contrato de obra.

Si los diseños son entregados por la entidad pública y el contrato establece que el contratista bajo su cuenta y riesgo puede hacer adaptaciones, complementaciones y ajustes con la autorización del interventor o de la entidad, tampoco hay lugar a reconocimiento alguno, salvo las adiciones y mayores cantidades normales en obra, ya que este riesgo lo asume el contratista cuando presenta la oferta y contrata.

Pero cuando la entidad contrata la obra, y le entrega a los contratistas los diseños para

implantarlos, es decir, para construirlos, y se hace necesarios ajustes, adaptaciones y complementaciones, y si durante la ejecución de la obra se requiere hacerle esas modificaciones, y la entidad hace por su propia cuenta los ajustes y se los entrega al contratista, esas modificaciones si implican mayores costos, deben ser reconocidos por la entidad pública.

Debe tenerse en cuenta, que en ocasiones el contratista cuando recibe los diseños, suscribe el acta de inicio y cobra los anticipos, como artimaña fraudulenta para no retardar la ejecución del contrato, glosa los diseños recibidos para que mientras la entidad hace los ajustes o revisa las glosas, gana el tiempo que necesita para iniciar la construcción de la obra; pero en ocasiones igualmente hace glosas a los diseños para que la entidad si le da la posibilidad de ajustarlos, hace tantos ajustes al punto que termina ejecutando unos diseños bien distintos en cantidades y naturaleza de la obra, convirtiendo un mecanismo de generar mayores cantidades y mas utilidades, y desde luego esto es irregular y raya en lo penal, fiscal y disciplinario.

#### **12.14 La simulación y el fraude mediante la acreditación de requisitos técnicos, financieros, jurídicos de experiencia y de recurso humano disponible de los oferentes para acceder a los contratos estatales.**

Debe tenerse en cuenta que conforme al principio de buena fe, las entidades públicas tienen como auténticos todos los documentos soportes que acreditan con la propuesta u oferta el cumplimiento de los requisitos jurídicos, técnicos y financieros, tales como la inscripción en el registro único de proponentes, la capacidad residual de contratación, las actas de las juntas o consejos directivos de las empresas, el registro único tributario, el pago de impuestos de timbre, el recibo de pago de publicación del contrato, la póliza de seriedad del

ofrecimiento o cualquier otro mecanismo de cobertura del riesgo, los balances de las empresas, el estado de pérdidas y ganancias, las hojas de vida del recurso humano que ejecutaría el contrato cuando los pliegos lo exigen, los certificados de paz y salvo de aportes parafiscales ect. Los cupos de créditos, cuando los pliegos de condiciones lo exigen.

Estos documentos, se verifica en cuanto a su contenido, pero no su autenticidad, y es posible que los oferentes y proponentes presenten documentos alterados, con información o datos inexactos o falsos, o documentos con falsedades. Debido a la enorme responsabilidad que tiene la entidad pública con la evaluación de la propuesta, en tanto podría ser el eventual contratista, debe procederse a confirmar la documentación, junto con la información y datos que incorpora con todas las bases de datos disponibles, y en el vengo de encontrar alguna falsedad proceder a presentar la correspondiente denuncia penal.

Con las hojas de vida del recursos humano que ejecutaría el proyecto, debe tenerse en cuenta que ocasiones en la misma licitación varios oferentes presentan las mismas hojas de vida, en este caso debe procederse a rechazar ambas ofertas, pues si bien esta es una información habilitan, no podría estar los mismos requisitos que son excluyentes acreditando dos o mas ofertas en el mismo proceso.

### **13. Los conceptos de diversificación empresarial, unidad de empresa, pirámides financieras y registro de proponentes en los contratos simulados y fraudulentos.**

Los grupos económicos o empresariales, ejercen sus actividades comerciales e industriales a través de distintas empresas con el mismo o diverso objeto social, incursionando en distintas actividades del mercado, esto es, que varias empresas tienen el mismo objeto de construcción, rehabilitación y mantenimiento de edificaciones, de vías, de interventora y de

consultoría de diseños, consultorías empresariales y financieras.

Pero en ocasiones, los grupos económicos tienen distintas empresas y cada una de ellas tienen un objeto social muy definido, por ejemplo una de ellas se dedica a las actividades de construcción y otra de interventoría. Frente a la contratación estatal, vamos a encontrar que existen grupos económicos reconocidos por la Superintendencia de Sociedades como tal, y otros cuya existencia no es jurídica, sino de hecho, pues si bien no existe el reconocimiento administrativo, se puede establecer que los socios principales son los controlantes de todas las sociedades.

En uno y otro caso, debe revisarse quienes son los representantes legales de una y otra, los socios de cada una de ellas, y los distintos contratos suscritos por estas entidades como oferentes plurales como singulares, ya que la ley prohíbe que la entidad que contrate obra con una empresa, no pueda contratar la interventoría de ese contrato o de otro con una empresa que pertenezca a ese mismo grupo económico o unidad empresarial, tanto de hecho como de derecho, estableciendo en uno y otro caso quienes son los socios controlantes, distintos a las sociedades anónimas abiertas.

Así mismo debe hacerse la operación administrativa para evitar que en una licitación, distintas empresas pero pertenecientes a una misma unidad de empresa se presenten a una misma licitación, concurso de méritos o selección abreviada, ya que la ley lo prohíbe y es causal de rechazo de ambas ofertas.

Por lo anterior, siendo el contrato de resultados, este en relación con el buen manejo y

correcta inversión del anticipo, ejercía una posición de garante, lo que implica que su obligación principal en relación a este anticipo, era controlar los giros del anticipo, controlar el extracto de la cuenta del anticipo, revisar, verificar los soportes para el giro del anticipo tales como la autenticidad de los subcontratos, de las facturas proforma, de las ofertas mercantiles, que sus titulares cumplieran con los requisitos del Código de Comercio, la verificación de la entrega y recibo de los bienes adquiridos con cargo a los recursos del anticipo, la verificación de la existencia y disponibilidad de inventario de los proveedores.

Resulta, que el contratista 137 de 2007, hace un indebido uso de los recursos del anticipo debidamente aceptado ante la imputación que por el delito de peculado por apropiación le hace a los socios controlantes de la UNION TEMPORAL TRANSVIAL la Fiscalía General de la Nación. Ante ello, siendo el contrato de interventoría de resultados, y habiendo la Fiscalía imputado el delito de peculado por apropiación al contratista, desde luego debe la Fiscalía y Contraloría General de la República vincular a la interventora a la correspondiente acción penal y fiscal, ya que no se pudo haber presentado esto si la interventoría cumple con las obligaciones de resultado adquiridas.

Desde el punto de vista de la responsabilidad disciplinaria, siendo el interventor sujeto disciplinable como particular, de competencia de la Procuraduría General de la Nación, es obvio que existe allí una conducta descrita en el artículo 53 y 55 de la Ley 734 de 2002, que lesiona los intereses jurídicos de Estado, lo que necesariamente debió provocar la correspondiente exigencia de explicaciones del órgano disciplinador a través del auto de cargos correspondientes, y desde luego tomar la decisión que en derecho corresponda en el fallo definitivo. En este caso, la Procuraduría absuelve la interventora, en la investigación disciplinaria, es decir, siquiera le formuló cargos, con el argumento que la interventora cumplió con sus funciones y no pudo ir mas allá, porque la entidad mediante la expedición



de unos memorandos explicativos le quitó facultades a la interventoría para ejercer sus funciones de vigilancia y control.

Con el debido respeto, y sin pretender deslegitimar la autorizada y respetada institución de la Procuraduría General de la Nación, y sólo con los fines de hacer un debate académico, creo que constituye un mal precedente para la gestión contractual de los interventores, que se envíe el mensaje que los contratos celebrados entre las entidades públicas con los interventores no se deshacen como se hacen, porque ello no solo rompe con el principio contractual que viene por tradición jurídica en el Código Civil desde Don Andrés Bello, sino que los interventores adquieren obligaciones de control y vigilancia formal y no material sobre la ejecución y cumplimiento del contrato supervisado, y lo que es peor, que se envíe el mensaje que los contratos de interventora en donde se pacta que sus obligaciones son de resultados, los pueda modificar un memorando de la entidad pública que tiene la pretensión de explicar e interpretar no el contrato sino el manual interno de interventoría expedido por la misma entidad pública contratante tanto de la obra como de la interventoría.

De allí, que el legislador con la expedición de la Ley 1474 de 2011, haya expedido normas especiales para que se incorporen en los pliegos de condiciones y en los contratos de interventoría, que hemos denominado Cláusula Intercol, que se resume así:

a.-El régimen disciplinario, contenido en los artículo 53 y 55 de la Ley 734 de 2002, modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 se aplica a los interventores o supervisores en los contratos estatales, y a quienes administren recursos públicos, que desde luego aplica a los interventores ya que son los encargados de vigilar la inversión del anticipo y autorizar los giros de las cuentas del mismo, así como vigilar su ejecución ahora cuando

son manejados desde fiducias mercantiles; y no podrán escudarse en que la responsabilidad es de la fiducia mercantil, porque cada uno tiene sus responsabilidades definidas tanto en el contratos e fiducia como el contrato de interventoría y en la misma Ley 1474 de 2011.

b.- Los interventores serán responsables en materia civil, penal, fiscal y disciplinariamente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, a sí como por los hechos u omisiones que les 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 funciones de interventoría.

c.- Las entidades públicas deberán pactar en los contratos de interventoría que las obligaciones son de resultado y no medios, y en virtud de ello, las memorandos, circulares explicativas e interpretativas, no tienen el alcance de instruir o dar órdenes con vocación de modificar las obligaciones escritas adquiridas mediante contrato de interventoría escrito, salvo que la entidad pública mediante acto administrativo motivado y electorado modifique o interprete de manera unilateral el contrato, evento el cual lo dispuesto será obligatorio para el interventor contratista.

#### **13.2.1 El efecto intercol en los contratos estatales.**

El efecto Intercol en el fenómeno de la vigilancia, control y supervisión, consiste en que el legislador mediante Ley 1474 de 2011, fue la causa eficiente para que dispusiera lo siguiente:

a.- Diferenció el contrato de interventoría del contrato de supervisión, sin perjuicio de que en un solo contrato se pueda estipular los dos objetos simultáneamente.

b. El contrato de interventoría consiste 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 así los justifiquen; sin perjuicio que se pueda contratar junto con la interventoría la supervisión, evento en el cual se deberá diferenciar las labores o actividades de interventoría y cuáles corresponden a las de supervisión.

c.- El contrato de supervisión, consiste en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados.

d.- El interventor será responsable en materia penal, fiscal y disciplinaria por las acciones u omisiones en que incurra, que facilite que el contratista incurra en actos de corrupción en la ejecución del contrato y de los recursos públicos o el patrimonio que incorpora el contrato estatal o pongan en riesgo el cumplimiento del mismo.

e.- Continuidad de la interventoría. Los contratos de interventoría podrán prorrogarse por el mismo plazo que se haya prorrogado el contrato objeto de la vigilancia, sin que importe el porcentaje en dinero adicionado en relación al valor inicial contratado.

#### **14. Enriquecimiento sin causa de uno de los sujetos contractuales para el legítimo restablecimiento del carácter conmutativo del contrato estatal.**

El enriquecimiento sin causa es una figura jurídica que permite otorgar soluciones en

aquellos eventos en los que se ha presentado en desequilibrio económico injustificado, no amparado por las normas jurídicas. Sobre el origen de esta figura, el Consejo de Estado ha expresado que se ha identificado la figura del “enriquecimiento sin causa” con la “*actio in rem verso*” proveniente del derecho romano, la verdad es que la institución atiende a un principio universalmente aceptado, que impide el enriquecimiento injustificado de una persona, a costa del empobrecimiento de otra.

“Si bien la “*actio in rem verso*” se tiene como el sinónimo jurídico de la pretensión de reparación por un enriquecimiento injustificado, en el derecho romano existieron múltiples posibilidades para restablecer el equilibrio patrimonial roto injustificadamente, que aunque no tuvieron el mismo impacto en la tradición jurídica, como lo tuvo la *actio in rem verso*, comparten el mismo sentido de justicia y equilibrio que inspiran al enriquecimiento sin causa”. Tales posibilidades eran las siguientes:

“*Condictio ob causam datorum*” ó “*condictio causa data causa no secuta*”: Ante la imposibilidad de ejecutar forzosamente los contratos celebrados para liberar esclavos, emancipar hijos o desistir de demandas; en Roma se otorgaba el derecho a la persona que había pagado para alcanzar tales fines, a que se le reintegrara lo pagado, en el evento de un incumplimiento. En este mismo género estaba la *Condictio ob turpem causam*, establecida para negocios realizados sobre condiciones inmorales que no podían ser ejecutadas (e.j. pago de rescates por personas secuestradas).

“*Condictio indebiti*”: Instituida para el que pagaba por error una deuda inexistente.

“*Condictio ob injustam causam*”: Creada para cuando la entrega de una cosa atendía

finés contrarios al derecho, como el reintegro de intereses pagados por encima del tope de usura.

*“Actio negotiorum gestorum”*: Creada para que el gestor de negocios tuviera derecho por los gastos efectuados y los servicios prestados.

*“Actio de in rem verso”*: Creada para que los pater familias respondieran, bajo ciertas condiciones, por las obligaciones contraídas por incapaces que se encontraban bajo su tutela (hijos, esclavos, etc.)

*“El anterior recuento sirve para entender que el nivel de evolución tecnológica, social, y jurídica de la Roma antigua, era susceptible de que se presentaran múltiples situaciones en las que se podía llegar a un enriquecimiento patrimonial, sin que de por medio existiera una causa eficiente y/o ajustada a derecho, que permitiera remediar, integralmente, dicho enriquecimiento. Ante tal estado evolutivo, se presentaron, entre muchas otras, las instituciones anteriormente mencionadas, como formas de restablecer el justo equilibrio patrimonial, ante la imposibilidad de ejecutar un objeto contractual incumplido”.*

Sobre las características de esta figura el Consejo de Estado en el mismo fallo introduce un cambio en la jurisprudencia que venía imperando hasta la fecha añadiendo un nuevo elemento para que se pueda configurar, en tal sentido, señala que Jurisprudencial y doctrinalmente, la teoría del *“enriquecimiento sin causa”* parte de la concepción de justicia como el fundamento de las relaciones reguladas por el Derecho, noción bajo la cual no se concibe un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa para ello. Por lo tanto, el equilibrio patrimonial existente en una determinada relación jurídica, debe afectarse – para que una persona se enriquezca, y otra se empobrezca – mediante una causa que se considere ajustada a derecho.

Con base en lo anterior se advierte que para la configuración del “enriquecimiento sin causa”, resulta esencial no advertir una razón que justifique un traslado patrimonial, es decir, se debe percibir un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento, sin que dicha situación tenga un sustento fáctico o jurídico que permita considerarla ajustada a derecho. De lo hasta aquí explicado se advierten los elementos esenciales que configuran el enriquecimiento sin causa, los cuales hacen referencia a: i) un aumento patrimonial a favor de una persona; ii) una disminución patrimonial en contra de otra persona, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero; y iii) la ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones.

Como conclusión de lo anterior establece, que la figura del enriquecimiento sin causa se ha definido tradicionalmente, mediante la identificación de sus elementos como lo son: i) un enriquecimiento del patrimonio de una persona, ii) un empobrecimiento del patrimonio de otra persona, el cual es correlativo al enriquecimiento de la primera, y; iii) que las anteriores situaciones se hayan presentado sin una causa jurídica eficiente.

Y continúa explicando que *“el estudio de los fundamentos de la figura, la Sala señala un elemento adicional, como lo es que la falta de una causa para el empobrecimiento, no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un “enriquecimiento sin justa causa”, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa”.*

De esta manera, *“en el evento de que en el derecho colombiano la contratación administrativa fuese una situación sin regulación alguna, cuyas relaciones negociales no estuvieran debidamente garantizadas, se podría hablar de un enriquecimiento injustificado cuando se preste un servicio a la administración sin que exista un contrato de por medio, pues se debería remediar una situación abiertamente injusta, donde la administración se aprovecharía de una laguna jurídica. Pero en el caso de autos, la demandante, en una expresión libre de su*

*voluntad, se situó así misma en una situación injusta, en la cual su trabajo quedo desamparado, por no hacer uso de las herramientas ofrecidas por la ley para garantizar la retribución económica de su labor. Por lo tanto, en el caso de autos resulta inconcebible admitir un “enriquecimiento sin causa”, cuando la perjudicada con el desequilibrio patrimonial consistente en prestar un servicio sin recibir ninguna retribución, tuvo la oportunidad de decidir realizar dicha labor, sin que la contraprestación de la misma estuviera garantizada mediante los procedimientos e instituciones creadas para el desarrollo de la contratación estatal”.*

#### **14. Enriquecimiento ilícito derivado de los contratos estatales simulados y fraudulentos.**

El enriquecimiento ilícito es una figura totalmente distinta a la del enriquecimiento sin causa que hemos explicado anteriormente. De tal manera, que el enriquecimiento ilícito denota una conducta delictual tipificada en nuestro Código Penal en dos categorías. La primera como enriquecimiento ilícito de particulares tipificado en artículo 327 de la siguiente manera:

*Artículo 327. Enriquecimiento ilícito de particulares. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

Sobre este delito, la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-319 de 1996 expresó lo siguiente:

*“El enriquecimiento ilícito de particulares guarda relación directa con los principios que dieron origen a la tipificación de la conducta punible de los servidores públicos. Sin embargo, presenta algunas diferencias estructurales: En primer lugar, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, el delito puede ser cometido por cualquier persona sin características especiales; en segundo lugar, y como consecuencia de la calidad del sujeto, el tipo penal condiciona la punibilidad del enriquecimiento no solo a que éste sea injustificado, sino que además provenga de “actividades delictivas”; en tercer lugar, se trata de un delito especial y autónomo, como quiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley. En el caso de los particulares, cabe recordar que éstos deben demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de los mismos mediante la declaración de renta, no sólo para que el Estado, de conformidad con leyes preestablecidas, grave en alguna medida su patrimonio, sino además para ejercer control sobre su licitud. Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad del imputado o su inocencia”.*

La otra categoría de enriquecimiento ilícito, son aquellos cometidos por los servidores públicos tipificado en el artículo 412 de la siguiente manera:

*Artículo 412. Enriquecimiento ilícito. El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su*



*desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años.*

Sobre este delito ha dicho la corte Constitucional en el mismo fallo que “*se trata de un delito que se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público sin causa que lo justifique de acuerdo con la ley y la ética, y que, para configurarse como tal, exige el dolo. Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica, excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría -concurso aparente de tipos-. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito -lex primaria derogat legi subsidiariae*”.

## **TITULO SEGUNDO**

### **CONTROL FISCAL, ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN ESTATAL, REGÍMENES EXCEPCIONALES Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTRACTUAL**

En el marco del ejercicio del control fiscal, los contratos celebrados por la administración, en el cual se encuentran destinados recursos del Estado, cobran vital importancia y se convierten en objeto directo del ejercicio del referido control.

El control fiscal, el cual opera de forma oficiosa sobre todas las vigencias fiscales, deberá

ejercerse desde un punto de vista **macro** como política pública; Por su parte, desde el punto de vista **micro** se analizarán qué tipo de hallazgos hay en el contrato; hallazgos que podrán ser de tipo *disciplinarios* según los supuestos que encontramos en los Artículos 29 al 35 CUD, *penales* donde encontramos los delitos contra la administración pública, *fiscales* bajo el concepto amplio de aminoración patrimonial y *administrativos* en los que se hayan las irregularidades y malas prácticas que pondrían en peligro el correcto funcionamiento de la administración pública. La auditoría que realizan las contralorías se enmarca dentro de este tipo de control.

Así mismo, debe anotarse sobre el particular que existen varios sistemas de control al contrato, los cuales son:

*Control de legalidad:* En el cual se realiza un cotejo entre el contrato y la ley.

*Control financiero:* Análisis sobre el precio justo entendido en sentido amplio.

*Control de gestión:* A través del estudio de el contrato visto como herramienta para lograr un fin.

*Control de revisión de cuentas:* Revisión de cuentas del contrato, Ej. Pague cuenta sin soporte

*Control de resultados:* Balance de la efectiva obtención de resultados

*Control sobre costos ambientales:* Valoración del impacto ambiental efectuado como consecuencia de la ejecución del contrato.

Por lo anterior, resulta pues objeto del presente estudio el ejercicio de un análisis amplio de la regulación aplicable a los contratos estatales, abarcando el régimen general consagrado en

la ley 80 y Ley 1150, la regulación reglamentaria existente sobre el tema, así como los regímenes especiales existentes frente a algunos contratos, en tanto el control fiscal cambiará de acuerdo a la regulación normativa aplicable a cada uno de ellos.

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

La existencia de un nuevo marco constitucional, la aparición con ello de nuevas entidades públicas dentro de la organización estatal, el crecimiento de la actividad contractual del Estado, y la desregulación legal de supuestos e instituciones contractuales de vital importancia como el tema de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras, denotaron la necesidad de que se instituyeran un nuevo ordenamiento sistemático que abarcara ampliamente el proceso contractual adelantado al interior del Estado, tanto desde un enfoque normativo propiamente dicho (reglas en sentido estricto), así como de la óptica de los principios rectores de esta actividad.

En tal sentido, vemos como el estatuto general de la contratación nace como respuesta a una serie de factores presentados con injerencia Estatal, que hicieron notar insuficiente la regulación existente frente al tema, contemplada en el decreto 222 de 1983 y sus normas complementarias.

Entre las innovaciones propuestas y efectivamente introducidas a través de este Estatuto

encontramos, la supresión de la diferencia entre contratos administrativos, privados con cláusula de caducidad y propiamente privados de la administración; englobando todos estos bajo la categoría de Contrato Estatal, la introducción de los principios que rigen la contratación estatal; el desarrollo del principio de equilibrio económico, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, entre otras muchas que serán desarrolladas en gran parte en este trabajo.

En tal sentido, este estudio pretende hacer una aproximación al Estatuto General de la Contratación, desarrollando en primer lugar su aspecto general, dentro de lo que encontramos, su ámbito de aplicación, los aspectos constitucionales que lo irrigan, y los principios tanto constitucionales como administrativos que lo rigen; para luego entrar a estudiar los diferentes procesos de selección y sus características propias; y por último instruirnos en la temática de gran trascendencia regulada a través de decretos reglamentarios, como lo son el Registro Único de proponente (Decretos 4881 de 2008 y 2247 de 2009), y las garantías contractuales (Decreto 4828 de 2008), entre otras figuras de igual importancia. Paralelo a ello, se analizarán los supuestos de control fiscal que pueden presentarse dentro del desarrollo del proceso contractual.

## **1. Ámbito de Aplicación del Estatuto General de Contratación de las Administraciones Públicas.**

Es necesario para el presente estudio en primer lugar conocer cuál es el ámbito de aplicación del Estatuto General de la Contratación Estatal, para con ello definir a qué tipo de contratos y a qué tipo de contratantes se les aplica tal regulación normativa, pues es sobre las actuaciones derivadas de este tipo de actos jurídicos sobre las cuales se ejercerá control

fiscal.

Así entonces, debemos remitirnos a la Ley 80 de 1993, para determinar a qué entidades se les aplica el Estatuto General de la Contratación Estatal; para tal fin, en primer término estudiaremos el artículo 1º de la misma, en la cual se establece: *“Artículo 1º. Del Objeto. La presente Ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”*.

Con el anterior artículo se despeja de cierto modo la inquietud acerca de a quienes les es aplicable el Estatuto General de la Contratación Estatal, en tanto el mismo establece como criterio de aplicación un criterio orgánico o subjetivo según el cual se establece que se regirán por dicha normatividad aquellos contratos en que sea parte contractual por lo menos una entidad estatal. No obstante, paralelo a lo anterior surge el interrogante sobre que se debe entender por *Entidad Estatal*, cuestión esta que la encontramos resuelta en el mismo estatuto al determinar de manera clara cuales son las entidades estatales para tal efecto en el artículo 2º numeral 1º, de la siguiente manera:

*“ARTICULO 2º. DE LA DEFINICION DE ENTIDADES, SERVIDORES Y SERVICIOS PUBLICOS. Para los solos efectos de esta ley: 1º. Se denominan entidades estatales:*

*a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.*

*b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.”*

Analizando el literal a) del numeral primero del artículo 2 de la citada ley, se puede observar que en el se enuncia solamente a aquellas entidades estatales que cuentan con personería jurídica propia reconocida por Ley; y que por el contrario en el literal b) del mismo artículo, se enuncian entidades estatales que no gozan de personería jurídica, razón por la cual en una primera impresión se podría pensar que no deberían gozar de la capacidad para contratar; No obstante, el referido estatuto les otorga dicha facultad, la cual ejercen a través de la persona jurídica Nación, Departamento, Distritos y Municipio según su nivel de descentralización territorial, “para los solos efectos de esta Ley”.

En este sentido se pronuncio la Corte Constitucional en la sentencia C-374 del 25 de Agosto de 1994, M.P Jorge Arango Mejía al expresar:

*“Las entidades estatales están expresamente mencionadas en el artículo 352 de la Constitución, norma según la cual “Además de lo señalado en esta Constitución, la ley orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.” “Es claro que si la Nación, los departamentos, municipios y distritos, son personas jurídicas, y las entidades estatales a que se refiere la ley 80, no lo*

*son, por fuerza los contratos que estas últimas celebren corresponden a la Nación, a los departamentos o a los municipios”.*

Así mismo, los artículos 24 y 26 de la ley 1150 establecen respectivamente que la contratación de las corporaciones autónomas incluida la Corporación Autónoma Regional del Río Grande del Magdalena, y la llevada a cabo por FONADE, se regirán por las normas de la ley 80 de 1993.

Es así entonces que la Ley 80 de 1993 define el ámbito de aplicación del Estatuto General de la Contratación Estatal, introduciendo algunas innovaciones como la prohibición para los municipios y departamentos de darse su propio estatuto de contratación, y la extensión de el ámbito de aplicación de la ley, otorgándole la facultad para contratar a entidades que no tenían esa atribución, en tanto carecen de personería jurídica, pero que para los fines allí descritos adquieren dicha capacidad.

## **2. Aspectos Constitucionales del Estatuto General de Contratación.**

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no solamente se estableció un nuevo ordenamiento superior, sino que también una nueva concepción de Estado, el cual según el artículo 1º de la carta política se erige como Estado Social de Derecho, ya que si bien la Constitución de 1936 fue la primera en hablar de Estado social de derecho, la consagración y establecimiento en el sistema jurídico colombiano de esta forma de Estado se materializa con la Carta del 91 paralelo a la consagración de mecanismos jurídicos para su protección; Por tanto, el reconocimiento de una concepción de Estado más amplia, obligó a este a otorgar garantías mayores a los ciudadanos, al reconocimiento de un catálogo

de derechos más amplios en los cuales estuviesen presentes los derechos sociales o de contenido prestacional, la creación de instrumentos o acciones jurídicas para su protección, e igualmente propender en el ejercicio de sus funciones por un bienestar social para sus asociados y en general para todas las personas residentes en el país.

En razón a lo anterior, a renglón seguido el artículo 2º superior establece los fines esenciales del estado, entre los cuales se encuentra el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Por lo anterior, debe quedar claro que desde el ordenamiento superior se fija una obligación por parte del Estado de llevar a cabo estos fines, y que en razón a ello el Estatuto General de la Contratación Estatal no puede ser indiferente a estas disposiciones superiores.

Por lo anteriormente enunciado y en la misma línea, el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, fija unos fines para ser cumplidos por parte de los servidores públicos en los contratos estatales, disposición que arguye en su tenor literal lo siguiente:

*“ARTICULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACION ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, (además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado), colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones”.*

Así entonces y según lo anteriormente transcrito, es función del servidor público tener en



cuenta los fines esenciales del Estado, los cuales se encuentran como se dijo anteriormente en el artículo 2º de la carta política; Y para los particulares en todos los casos entender que si bien ellos tienen un fin de lucro en la celebración y ejecución de contratos con la administración, deben propender por la consecución de esos fines estatales.

En razón a lo expuesto, todo contrato estatal debe estar justificado y debe buscar la obtención de por lo menos un fin esencial del Estado, pues de no ser así en todo caso nos encontramos frente al supuesto de que quien ordena el contrato sea sujeto de una investigación disciplinaria, fiscal y/o penal por parte de los órganos de control, por ordenar la celebración de un contrato carente de finalidad específica.

De esta forma, la Ley 80 de 1993 se encuentra fundada y orientada hacia la búsqueda de los fines estatales, para lo cual establece una serie de mecanismos y de principios que se hacen de obligatorio cumplimiento, so pena de sanciones disciplinarias y/o fiscales al servidor que no observe el acatamiento de los mismos y que no justifique los nombrados contratos en el cumplimiento de un fin esencial del Estado; por tal motivo, observamos que toda la Ley 80 de 1993 se encuentra irrigada por fines y principios constitucionales, estos últimos los cuales serán tratados a continuación.

### **3. Principios Constitucionales y de la Función Administrativa aplicables a la Contratación Estatal.**

En cuanto a los principios Constitucionales y de la Función Administrativa aplicables a la Contratación Estatal, encontramos que estos se hallan establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política en donde se establecen los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; además encontramos los principios

rectores de la actuación administrativa que se encuentran en los artículos 2º y 3º del Código Contencioso Administrativo, artículos que agregan al listado anterior, el principio de contradicción de las actuaciones administrativas.

Pero adentrándonos más en el tema de la Contratación Estatal encontramos los que fija la Ley 80 de 1993 en su artículo 23, entre los cuales se citan los de transparencia, economía y responsabilidad, a los cuales se unen los principios de la ecuación contractual y de la selección objetiva, que salen de la lectura de los artículos 27 y 29 de la misma Ley.

Todos los principios que rigen la Contratación Estatal, se convierten en un desarrollo legal de la Constitución Política y de los principios aplicables a las actuaciones administrativas. A fin de lograr un entendimiento más amplio del tema, pasaremos a hacer un estudio detallado de cada uno de los principios rectores de la contratación estatal según lo establecido en el Estatuto.

*Principio de Transparencia.* Este principio como tal se refiere a que las actuaciones que ejerza el Estado como contratante y los particulares como contratistas deberán realizarse de manera motivada, pública e imparcial, con la finalidad de que dichas actuaciones garanticen igualdad de oportunidades de acceder a la información y a los pliegos de condiciones de un contrato, buscando preservar la moralidad administrativa y resguardar el patrimonio público, haciendo en todo caso que los particulares tengan posibilidad de acceder cuando tengan la oportunidad a contratar con el Estado, y de no tratarse de proponentes, que el ciudadano concurra como interesado en el contrato, pues a este le asume la posibilidad de verificar que el mismo se realice de manera correcta y de que no existan irregularidades dentro de su trámite.

Este precepto conlleva igualmente la necesidad de que el pliego de condiciones contenga: requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección; reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, que no induzcan a error a los proponentes y contratistas e impidan la toma de decisiones que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad; la identificación de las condiciones de costo y calidad de los bienes obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato; así como la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

Este principio se ve reflejado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, cuando establece que la escogencia del contratista se deberá hacer siempre mediante licitación o concurso público, salvo en los casos expresamente señalados en la Ley, donde se autorizara la contratación directa, pero aun así esto no exime a la administración de hacer esta contratación directa bajo un principio de transparencia y publicidad del contrato.

Así mismo en el sentir del Tribunal Constitucional: “Este principio garantiza paralelamente los principios de imparcialidad, igualdad, moralidad, y selección objetiva en la contratación, para lo cual se deben instrumentar procedimientos de selección, con actuaciones motivadas, públicas, y controvertible por los interesados, con el fin de elegir la mejor oferta” (C.E. Sec Tercera. Sent. 24715, Dic 3 de 2007. M.P Ruth Stella Correa).

*Principio de Publicidad:* Es instaurado como principio a partir de la Ley 1150, debe

estar presente dentro de todas las etapas del proceso contractual, y se garantiza en gran medida a través de la publicación de todas las actuaciones llevadas a cabo durante el proceso contractual por parte oferentes y de la administración en el SECOP, lo cual permite que tanto proponentes e interesados tengan la posibilidad de conocer y ejercer control y vigilancia sobre el estado, las condiciones, y modificaciones presentadas en el marco del proceso de contratación adelantado.

*Principio de Economía.* La ley 80 de 1993 mediante este principio busca que a los procesos de contratación que efectúe el Estado se les imprima agilidad, todo ello con la finalidad de que se eviten dilaciones en los procesos y sobre costos en los mismos, evitando trámites engorrosos.

Así entonces el artículo 25 del Estatuto establece que los procesos de selección tendrán términos perentorios para la escogencia del contratista, con etapas necesarias, igualmente que las normas contractuales se deberán interpretar siempre de manera que no den ocasión a que se sigan tramites distintos a los establecidos en la Ley 80 de 1993.

No obstante lo anterior, en especial lo que busca este principio es que los tramites contractuales se hagan en el marco de la prevalecía del derecho sustancial sobre la forma, en el menor tiempo posible, sin dilaciones injustificadas y con la menor cantidad de costos para la administración, y con procedimientos precisos aun para la solución de las diferencias que se puedan originar entre las partes que interfieren en un contrato estatal. Se busca que la Administración actúe con eficiencia y eficacia pero siempre respetando el marco jurídico, lo contrario se convertiría en supuesto de investigación disciplinaria, fiscal y/o penal.

Por lo anterior, las entidades estatales deben iniciar el respectivo proceso contractual cuando existan los presupuestos económicos necesarios para tal fin, como lo es la disponibilidad presupuestal con que debe contar la entidad, para con ello evitar demoras dentro del mismo.

*Principio de Responsabilidad.* Este principio que se encuentra consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, está fuertemente ligado al de transparencia y al juicio de verificación de cumplimiento del principio de legalidad, busca en todo caso preservar la moralidad administrativa, y supone la obligación de que los servidores públicos sean responsables tanto de sus actos como de sus omisiones antijurídicas en las diferentes etapas del contrato.

Pero este artículo no solo establece el principio de responsabilidad en cabeza del servidor público, sino que también fija una responsabilidad en cabeza del contratista, en tanto él deberá hacerse responsable de no estar incurso en las causales incompatibilidades e inhabilidades, de la seriedad de la oferta y de la calidad de la obra.

Así entonces, lo que observamos es un desarrollo del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, pues aquí vemos que tanto el servidor público es responsable por los contratos que proyecta o que se están celebrando y ejecutando, como el contratista quien no solo es una persona que busca una utilidad en el desarrollo del contrato, sino que también se hace responsable en cuanto el contrato no logre la finalidad que se busca; por lo tanto este fenómeno se convierte en una colaboración y responsabilidad mutua entre el Estado y Contratista.

La responsabilidad que se derive de una actuación contraria a lo aquí establecido,

en tanto la misma no cumpla con los fines de la contratación o ella no garantice la protección de los derechos de la Entidad o de los contratistas podrá ser de tipo fiscal, disciplinaria y/o penal según el caso.

*Principio de la Ecuación Contractual.* Si bien este no es uno de los principios consagrados expresamente como tal en la ley 80, este postulado adquiere tal carácter en tanto se convierte en un aspecto sustancial en la contratación estatal que guía en todos los casos las relaciones entre administración contratante y el administrado contratista. Este mandato encuentra su fundamento en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, y obliga a que las partes contratantes mantengan la igualdad y equivalencia en las obligaciones contraídas al momento de la realización de la propuesta y la celebración del contrato.

Por tanto, si el equilibrio del contrato en algún momento se rompe, por causas no imputables al afectado, deberá siempre tratarse de restablecer, con el fin de que nadie salga afectado por la celebración de un contrato, que lo que busca la obtención de beneficios para ambas partes.

La temática derivada de este principio, las causas del rompimiento y el restablecimiento del mismo serán objeto de estudio con posterioridad.

*Principio de Selección Objetiva.* Este principio busca que la administración siempre propenda por escoger para la celebración del contrato a aquel contratista que haga el ofrecimiento más favorable a los intereses de la Entidad y a los fines que ella busca (Art. 6º Ley 1150).

La finalidad buscada con este principio, se consigue alejando de la selección o escogencia

del contratista consideraciones subjetivas como el afecto o el interés; por el contrario deben ser tomados en cuenta factores valorables de forma objetiva tales como la experiencia, calidad, precio, cumplimiento, equipos y plazos, todos estos ponderados en conjunto de manera precisa para determinar cual es la oferta que mejor cumple con los requerimientos establecidos en el pliego de condiciones del contrato.

La selección del contratista, en el marco de este precepto, debe efectuarse a través de la verificación de la presencia de los requisitos habilitantes y la evaluación de los requisitos que determinan la oferta más favorable a la Entidad. Se entienden como requisitos habilitantes, aquellos que no otorgan puntaje, los cuales una vez verificados permiten que la oferta siga en el proceso y entre a ser evaluada según los criterios de calificación determinados en el pliego. Son requisitos habilitantes: la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, la capacidad financiera y de organización. Estos ítems estarán sujetos a verificación documental por parte de las Cámaras de Comercio.

Por su parte, se tendrá como oferta más favorable a la Entidad aquella que de acuerdo a la ponderación de los factores de escogencia tales como, factores técnicos, económicos (organización equipos, plazo, precio) y de escogencia, según lo establecido en los pliegos de condiciones, resulta ser la propuesta más ventajosa para los intereses de la entidad.

Por último se debe anotar que el análisis de las propuestas, debe hacerse de acuerdo al estudio de precios y condiciones del mercado.

Los preceptos normativos aquí señalados son la brújula de navegación en el ejercicio de la contratación estatal, y se convierten en un desarrollo normativo de los principios que fija la Constitución Política y de aquellos que deben cumplir todas las actuaciones administrativas

según lo determinado en tal sentido en el Código Contencioso Administrativo.

#### **4. Los Procesos de Selección en el Estatuto General de Contratación.**

El Estatuto General de Contratación establece varias modalidades de contratación y selección del contratista, en atención a diversos factores como el objeto, la cuantía, entre otros. A continuación analizaremos en particular cada una de las formas de selección que tiene el Estatuto General de la Contratación Estatal, y fijaremos los requisitos mínimos para poder acudir a cada uno de estos modos de selección.

##### **4.1 Licitación Pública como procedimiento administrativo general de selección de los contratistas estatales.**

Sobre esta modalidad de selección es necesario recordar, que con anterioridad a la entrada en vigencia de Ley 80 de 1993 existían dos tipos de licitaciones: las licitaciones públicas y las privadas, situación esta que a partir de la citada Ley cambió, quedando solo la licitación pública, en razón a los principios de transparencia, moralidad administrativa e igualdad, que deben regir toda actuación administrativa; así como la protección de la igualdad de trato y la vigencia de la libre concurrencia en el trámite de formación de la libertad contractual.

En tal sentido, la Ley 80 de 1993 en su artículo 24, establece que la regla general para celebrar contratos con la administración es la licitación pública, la cual a su vez se constituye en la forma más importante de contratar, pues es por este medio que el Estado celebra los contratos de mayor envergadura, y realiza sus macro proyectos. No obstante lo anterior, la administración siempre tendrá la posibilidad de celebrar contratos estatales a



través de otras modalidades distintas a la licitación pública, situación que tiene su explicación en el hecho de que existan contratos que por su cuantía o por el objeto que se piensa contratar, no resulte eficiente hacerlo por medio de una licitación.

Para analizar mejor lo expresado anteriormente, se plantean los siguientes supuestos fácticos: para la construcción de una autopista es necesario la apertura de una licitación pública a fin de elegir la mejor propuesta, en tanto por una parte, se le permite a todos los interesados y habilitados para celebrar contratos con el Estado su participación en igualdad de condiciones dentro del proceso de selección, y por otra parte, en tanto existen varios proponentes en el mercado que puedan satisfacer el objeto de la contratación; Por el contrario, si lo que se piensa contratar son los repuestos de un avión de combate que solo los vende una fábrica, se hace engorroso realizar una licitación para llegar al mismo resultado que si se contratara directamente con esa fábrica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la licitación pública, cabe precisar que según pronunciamiento del Tribunal Constitucional en sentencia de unificación “*es un procedimiento administrativo en el que concurren una serie de actos y trámites realizados por la administración y por los oferentes que, por regla general, concluyen en la adjudicación del contrato a la propuesta más favorable*”.

Por último, vale la pena abordar en este punto otra de las formas de iniciar el proceso licitatorio, cual es la iniciativa privada a través de la licitación provocada contemplada en el decreto 4533 y que tiene como fundamento lo establecido en el art. 32 parágrafo 2 de la ley 80, el cual reza:

*"Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública,*

*podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2º y 3 del artículo 30 de esta ley”*

El decreto contempla la posibilidad de establecer iniciativa privada sobre cualquier obra pública susceptible de ser diseñada, construida, mantenida u operada mediante un contrato de concesión.

La oferta de iniciativa privada será estudiada en un término máximo de 3 meses, luego de lo cual en un término igual, la entidad realizará las validaciones y estudios complementarios que sean necesarios para determinar la viabilidad de la oferta, e igualmente podrá solicitar la entrega de documentos o estudios adicionales o la aclaración de los mismos.

Luego de esto, y siempre y cuando se halle viable para los intereses de la entidad la licitación, se abrirá el proceso licitatorio en el cual podrá participar el proponente que dio origen a la apertura de la contratación. En el evento en que el contrato sea adjudicado a un proponente diferente al oferente de iniciativa privada que dio origen a la licitación, el adjudicatario deberá reembolsarle a este el valor de los estudios que haya realizado, así como la valoración del contrato de concesión vigente de acuerdo a lo establecido en el párrafo 2 del artículo 2 del decreto de la referencia.

#### **4.2. La Selección Abreviada.**

La selección abreviada es una forma de contratación estatal que se encuentra regulada en el artículo 2° numeral 2° de la Ley 1150 de 2007, y consiste en la selección objetiva para los casos en que por la cuantía, el objeto a contratar, las circunstancias de la contratación y las personas a las que va dirigida la obra, el bien o el servicio, hacen que se deba adelantar un proceso más corto que el fijado para un proceso de licitación

Las causales para que se pueda acudir a la selección abreviada se encuentran también taxativamente señaladas en el mismo artículo de la Ley 1150 de 2007, y son las siguientes:

La adquisición de bienes, servicios o suministros de condiciones técnicas uniformes, y de común utilización por parte de las entidades.

La menor cuantía, que se determinará por el presupuesto anual asignado a la entidad, y que se medirán en salarios mínimos de la siguiente manera:

Presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 SMLMV, la menor cuantía será de 1.000 SMLMV.

Presupuesto anual superior o igual a 850.000 SMLMV y menor de 1.200.000 SMLMV, la menor cuantía será de 850 SMLMV.

Presupuesto anual superior o igual a 400.000 SMLMV y menor de 850.000 SMLMV, la menor cuantía será de 650 SMLMV.

Presupuesto anual superior o igual a 120.000 SMLMV y menor de 400.000

SMLMV, la menor cuantía será de 450 SMLMV.

Presupuesto anual inferior a 120.000 SMLMV, la menor cuantía será de 280 SMLMV.

En la celebración de contratos para la prestación de servicios de salud.

Cuando en un proceso de contratación, la licitación haya sido declarada desierta, caso en el cual deberá iniciarse la selección abreviada dentro de los cuatro meses siguientes a la declaratoria.

La enajenación de bienes del Estado excepto las acciones o bonos convertibles en acciones de propiedad del Estado, que se pretendan enajenar a terceros, caso en el cual se aplicara la Ley 226 de 1995.

Productos de origen y destinación agropecuaria que se ofrezcan en bolsas de productos legalmente constituidas.

Los contratos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta, excepto los contratos que enuncia el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Los contratos de entidades que tengan a su cargo la ejecución de programas de protección a personas amenazadas, programas de desmovilización, programas de atención a desplazados, y en general a personas en excluidas de la sociedad.

La contratación de bienes y servicios necesarios para la seguridad nacional.

Así mismo, se debe anotar que por expresa regulación legal se puede acudir a la selección abreviada como procedimiento de selección ante la declaratoria de desierta de la licitación según lo establecido en el art.48 de la Ley 1150 de 2007.

Los casos antes expresados son los que la misma Ley establece para llevar a cabo por selección abreviada, el cual si bien es un procedimiento con etapas más cortas, no quiere decir, que con ello se viole la selección objetiva, sino que por la naturaleza del servicio, la cuantía, o las personas a las que va dirigida, se debe adelantar de una manera más rápida y expedita.

#### **4.3 El Concurso de Méritos como procedimiento administrativo especial de selección de contratistas de consultoría y supervisión de mayor y menor cuantía.**

Esta forma de contratación busca la selección de consultores o de proyectos, por medio de concurso abierto o precalificación, caso este último en el cual se hará una convocatoria abierta de precalificados; En ambos casos los convocados podrán ser evaluados por un jurado anónimo plural, imparcial, deliberante y calificado.

Todo lo anterior se establece con el fin de que la entidad mediante este concurso elija el mejor proyecto o al mejor consultor a contratar, de acuerdo a los méritos del proyecto o del consultor que pretenda aplicar, y no que dicha selección se haga a través de un juicio de valoración que atienda a criterios subjetivos.

Debe establecerse con claridad que para esta forma de selección, en ningún caso el precio

puede constituirse en factor de selección.

#### **4.4 El Procedimiento Administrativo especial y excepcional de contratación directa para seleccionar contratistas estatales.**

Esta forma de contratación que se encuentra regulada en el artículo 2º numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, deberá ser siempre la excepción a la regla de las formas de contratación, pues no exige un concurso ni siquiera mínimo para la selección del contratista; Por tal motivo, procede solo y exclusivamente en los siguientes casos:

- Urgencia manifiesta.

- Contratación de empréstitos.

- Contratos interadministrativos, siempre que la entidad que pretenda ejecutar el contrato tenga relación dentro de su objeto con la labor o servicio a ejecutar.

- La contratación de bienes o servicios para el sector defensa o para el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en los cuales sea necesario hacer reserva para su adquisición.

- Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.

- Los contratos de encargo fiduciario que celebren las entidades territoriales cuando inicien un acuerdo de reestructuración de pasivos, según lo fijado por la Ley 550 de 1999, y la Ley 617 de 2000.

-Cuando no existan varios oferentes del bien o servicio en el mercado.

-Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la realización de trabajos artísticos que solo los puedan realizar determinadas personas naturales.

-Para el arrendamiento o adquisición de inmuebles.

Estos son los casos en concreto en que la administración pública puede realizar contratos de manera directa con el contratista, y no llevar a cabo procesos de licitación, selección abreviada o concurso de méritos; recalando que este proceso debe de ser la excepción a la regla, pues siempre se debe propender por garantizar que acudan a contratar con el Estado una pluralidad de personas, para así garantizar una sana competencia, que garantice para la administración la escogencia de la mejor oferta, que no siempre será la de menor precio.

#### **4.5. Procedimiento administrativo especial y excepcional de contratación de mínima cuantía para seleccionar contratistas estatales.**

La Ley 80 de 1993, originalmente dispuso que los procedimientos administrativos generales de selección de contratistas era la licitación pública y el concurso público para los contratos de mayor cuantía, y el concurso era para los contratos de mayor cuantía de naturaleza de consultoría. Como mecanismo excepcional de contratación dispuso la contratación directa, y estableciendo unas causales por los casos de menor y mínima cuantía, otras causales por el objeto del contrato y otras cuales por la naturaleza jurídica del ente público contratante, o en el caso de las organizaciones no gubernamentales por la naturaleza jurídica de éste y el

alcance del objeto del contrato en cuanto estuviera determinado por el artículo 355 de la constitución Política.

Luego la Ley 1150 de 2011, dispuso como procedimientos de selección de contratistas la licitación Pública, el concurso de méritos, la selección abreviada y la menor cuantía, razón por la cual tanto el derogado decreto 066 de 2008 como el decreto 2474 de 2008 reglamentario de la Ley 1150 de 2007 en relación a los procedimientos de selección de contratistas, dispuso como procedimiento de contratación directa, la contratación de mínima cuantía. El Consejo de Estado declaró la nulidad de la norma que así lo dispuso con el argumento que el Gobierno en desarrollo de sus facultades reglamentarias fue mucho mas allá de la Ley que no señaló como causal de contratación directa, ni como de selección objetiva, lo que dejó a la administración sin procedimiento de contratación especial en los casos de mínima cuantía.

Como se requería regulación legal, el legislador mediante la Ley 1474 de 2011, en su artículo 94 , definió el procedimiento de contratación de mínima cuantía, señalando las siguientes reglas:

a.- Procede siempre que el valor de la contratación no exceda del 10% de la menor cuantía de la entidad contratante, independientemente de su objeto. Lo anterior, significa que todos los contratos estatales de mínima cuantía sin importar su naturaleza o tipología contractual, se le aplicará el procedimiento de selección de contratistas denominado "mínima cuantía". Es decir, el presupuesto de procedibilidad de la contratación de mínima cuantía está determinado por la cuantía del contrato, y no por la naturaleza jurídica de ellas partes, ni por la tipología del objeto contractual.



b.- La entidad estatal, de aquellas a que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, realizará una invitación, por un término no inferior a un día hábil, en el cual se señalará el objeto a contratar, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas.

c.-La entidad no podrá fijar como plazo para la entrega de la propuesta por parte del oferente, no podrá ser inferior a un día hábil.

d.- la entidad seleccionará la oferta presentada con el menor precio, siempre que cumpla con las condiciones exigidas.

e.Una vez adjudicado, la entidad comunicará al oferente la aceptación de la misma, y esta junto con la oferta para todos los efectos legales integran o constituyen el contrato celebrado, instrumento con fundamento en el cual se realiza el registro presupuestal.

Lo anterior, indica que no es necesario suscribir formalmente la minuta de un contrato, puesto que la Ley, le da la eficacia de contrato estatal al conjunto de actuaciones complejas, integradas por los términos de condiciones, la invitación, la presentación de la oferta, la carta de aceptación de la misma, y el correspondiente registro presupuestal. Esto indica, que si se va a presentar alguna demanda contractual, o incoar un proceso ejecutivo contractual, la forma de demostrarle al juez la existencia del contrato, como el título ejecutivo complejo son los documentos anteriores.

Así mismo, debo señalar que si bien la norma en tratándose de contratación de mínima cuantía le da a estos documentos los efectos de contratos estatales, que ordinariamente y para los contratos de menor y mayor cuantía se conocen como documentos

precontractuales; ello no significa que esté prohibido que la entidad pública disponga por procedimientos internos o acto administrativo interno, que una vez se envíe la carta de aceptación de la oferta al proponente, se proceda a suscribir formalmente la minuta de un contrato, pero en todo caso esos lo puede determinar cada Entidad.

Queda pendiente por resolver el tema del fraccionamiento de los contratos, que si bien esta institución legal existente en el decreto 222 de 1983, desapareció con la Ley 80 de 1993; no es menos cierto que en la práctica aún se mantiene para evadir los procedimientos primarios de selección de contratistas previstos en la Ley.

Es así como por ejemplo, las entidades públicas que tienen el deber de organizar el plan de contratación anual de cada entidad, con apoyo en el presupuesto de gastos de inversión y de funcionamiento deben planear todos los bienes y servicios de deben contratar con la ejecución del presupuesto de la vigencia fiscal de cada año. Para ello, todas las obras, bienes, servicios a contratar, de acuerdo a su naturaleza, ubicación, prestación del servicio a cargo, suministro del bien, cantidad requerida y utilizada, debe proceder a diseñar los procesos de selección atendiendo razones de oportunidad, conveniencia, economía de escalas, de garantía de calidad de los bienes, disponibilidad de bodegaje, vencimiento de los bienes y productos eco, para lo cual si la totalidad de lo requerido con criterio de integralidad da para la licitación pública o el procedimiento de selección abreviada, así se debe hacer. En relación a los contratos de consultoría, atendiendo las mismas consideraciones deberá organizar los respectivos concursos de méritos.

Pero lo que deben analizar los órganos de control fiscal, penal y disciplinario en este caso, con criterio objetivo, es si definitivamente la entidad dejó de organizar con criterio de integralidad la contratación de los bienes y servicios a través de licitaciones y concursos de

méritos para adquirirlos directamente a través de múltiples procedimientos de contratación directa, o por el procedimiento de mínima cuantía, evento en el cual habrá incurrido en los delitos de celebración de contratos estatales sin el cumplimiento de los requisitos esenciales y de interés indebido en celebración de contratos estatales en concurso homogéneo y consecutivo con el delito de prevaricato por omisión al incumplir el deber de no aperturar los procedimientos de selección conforme a su deber, así como también el delito de prevaricato por acción en el evento en que algún servidor público de la entidad haya emitido concepto técnico, jurídico, financiero o económico dándole viabilidad a las múltiples contrataciones directas o de mínimas cuantías según el caso. Lo anterior, lleva consigo la consecuente infracción a los deberes disciplinarios de los servidores públicos, y por ende, si la múltiple contratación encareció la adquisición de los bienes y servicios, en cuanto hacerlo en uno o pocos procesos de licitación o concurso de méritos según el caso implica los ahorros propios de las economías de escalas, no hacer lo propio implicaría una indebida gestión fiscal que deberá investigarse a través del proceso de responsabilidad fiscal.

Estos análisis se deben hacer con criterio objetivo, es decir, con carácter técnico-jurídico, sin desconocer que el funcionario investigador jamás puede pretender durante el proceso al servidor público gestor del contrato, es decir, el proceso de responsabilidad fiscal, penal y disciplinario no está para enjuiciar directrices, ni las técnicas o políticas de gerenciamiento de la entidad, porque de hacerlo estaría extralimitándose en el ejercicio de sus funciones, incurriendo en análisis subjetivos proscritos en el actuar de quienes administran justicia y actúan en nombre de los órganos de control.

Para determinar si el funcionario fraccionó la contratación, para no realizar los procedimientos de licitación y de concurso de méritos, para adjudicar con menos procedimientos reglados los contratos estatales y con la finalidad de favorecer a un oferente

en particular, necesariamente debe encontrarse no solo la prueba del fraccionamiento, que se establece con los documentos que demuestran los múltiples contratos celebrados, sino además con la prueba del interés en favorecen a uno o mas contratistas en particular, y ello no se hace a través de una prueba de simple presunción que se obtenga por el solo hecho de haber celebrado los múltiples contratos y no haber realizado la licitación, que es a lo que acuden normalmente los funcionarios de los organismos de control, es decir, la prueba de los múltiples contratos mas los análisis subjetivos del operador jurídico de la prueba de responsabilidad y ello está proscrito constitucionalmente.

De otra parte, es importante que los organismos de control establezcan herramientas de investigación que permitan sancionar de manera ejemplarizante a quienes en desarrollo de la contratación de mínima cuantía, dirijan la contratación para adjudicarla a un oferente en particular, esto es, que si no se toman mecanismos para garantizar que se conozca ampliamente la invitación pública, y no se toman medidas para evitar que los oferentes conozcan el precio y la oferta por el que va a ofertar su competidor, se podría estar abriendo una ventana para desnaturalizar el carácter expedito, pero público y transparente de la selección de los contratistas de mínima cuantía.

Por último, las entidades para la adquisición de los bienes y servicios por el procedimiento de mínima cuantía, si bien la norma no lo señala, para proceder a aceptar la oferta de menor precio que cumpla las condiciones de los términos preestablecidos, debe hacerse con la previa disponibilidad presupuestal, que es lo que permite definitivamente realizar el registro presupuestal una vez aceptada la respectiva propuesta.

El decreto 2515 del 12 de julio de 2011, reglamento la Ley 1474 de 2011, en el que señala los requisitos específicos de la contratación de mínima cuantía, en el que dispone:

a.-Los estudios previos deben contener una sucinta descripción de la necesidad que pretende satisfacer la entidad con la contratación.

-La descripción del objeto a contratar.

-Las condiciones técnicas exigidas.

-El valor estimado del contrato justificado sumariamente, así como el plazo de ejecución del mismo.

-El correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal que respalda la contratación.

b.- La invitación pública, consiste en el acto a través del cual la entidad solicita a los interesados a presentar oferta conforme a los estudios previos, para lo cual se servirá del SECOP. La invitación debe incluir, el objeto; el plazo de ejecución; forma de pago; las causales que generarían el rechazo de las ofertas, o la declaratoria de desierta del proceso, el cronograma del proceso especificando la validez mínima de las ofertas que se solicitan, así como las etapas del procedimiento de selección; el lugar físico o electrónico en que se presentarán las ofertas; y se señalarán los requisitos habilitantes, tales como la acreditación de la capacidad jurídica, la experiencia mínima en los casos de contratación de obra, de consultoría.

De éste procedimiento de contratación de mínima cuantía queda excluido los contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, previstos en el numeral 4, literal h) del artículo 2 de la Ley 1150 de 2011, los cuales se someten exclusivamente al artículo 82 del decreto 2474 de 2008, modificado por el decreto 4266 de 2010. En mi sentir, la Ley de una vez por todas debió establecer un procedimiento mínimo de selección de contratistas de prestación de servicios profesionales, sometiendolos ya sea al procedimiento de selección de contratistas de mínima cuantía, o a otro distinto, pero que permita en todo caso comparar ofertas, ya que por un lado la Ley sigue considerando que

los contratos de prestación de servicios profesionales son de contratación directa, *intuitu personae*, cuyos requisitos son idoneidad, capacidad y experiencia, y por otro lado deja en los órganos de control la interpretación y valoración en la realidad discrecional de los requisitos, de los procedimientos y de los criterios de tasación de honorarios, actividades y rendición de informes, al punto, que para sancionar a un servidor público por la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, solo basta la voluntad del órgano de control, frente a la cual no hay argumento jurídico que les permita disuadir en derecho, la legalidad del mismo en cuanto a la sujeción del respectivo contrato a las reglas de selección, los requisitos, honorarios etc.

De allí, que cuando ello exista, el legislador conforme a la Constitución Política estará para resolver las tensiones entre los operadores jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia. En este caso se requiere y el legislador está en deuda.

Por último, el procedimiento de contratación directa excluye el requisito de que el oferente esté inscrito en el RUP; pero si bien la norma deja a la entidad la posibilidad de exigir o no la garantía, mi consejo es que en todos los casos la entidad pública debe exigirlo, para evitar que los organismos de control cuando así lo disponga su interpretación subjetiva, estime en alguna investigación que adelante donde no se haya exigido la garantía, que preciso en este caso por la naturaleza del objeto del contrato si debió exigirlo. Y como esto es real, para estar en manos del derecho y no de la interpretación de los funcionarios de turno, propio de las democracias en construcción como las nuestras, mi consejo es que siempre se exija.

**5. Régimen Reglamentario de los Procesos de Selección. Decreto 2474 del 7 de julio de 2008.**

El régimen reglamentario de los procesos de selección, lo encontramos desarrollado en el Decreto 2474 de Julio 7 de 2008, el cual empieza por aclarar en su artículo 2° lo antes expuesto en cuanto a la forma de selección, estableciendo que son cuatro las establecidas en la Ley 1150 de 2007: la Licitación Pública, la Selección Abreviada, Concurso de Meritos y Contratación Directa.

Paralelo a ello, el Decreto instituye los requisitos previos al proceso de selección del contratista, en cuanto exige que la entidad deba realizar siempre un estudio previo, los cuales serán fundamentales, deberán acompañar el pliego de condiciones, y todos deberán estar a disposición de los interesados en contratar con el Estado.

Posterior a esto, se establece que en los procesos de Licitación Pública, Selección Abreviada y Concurso de Méritos, deberá hacerse una convocatoria pública invitando a todos los interesados en participar en el contrato con el Estado, esto buscando preservar el principio de publicidad y de transparencia de las actuaciones administrativas y de la contratación estatal.

Es también importante resaltar que esta normatividad fija cual sería la oferta más favorable en cada proceso de selección, y establece criterios para determinarla. Según el artículo 12 del citado Decreto, los criterios que serán tomados en cuenta son los siguientes:

- Selección abreviada de condiciones uniformes, la que ofrezca el menor precio.
- Concurso de méritos, la oferta que presente la mejor calidad de acuerdo con los pliegos de condiciones, sin tener en cuenta el precio.

En los procesos de Licitación y de Selección Abreviada para menor cuantía, se utilizará como criterio cualquiera de las siguientes alternativas:

- La ponderación de precio y calidad en puntajes señalados en el pliego de condiciones.
- La ponderación de precio y calidad que represente lo mejor en relación costo-beneficio para la entidad, para lo cual el pliego de condiciones deberá contener:
- Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
- Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen una ventaja notable a tener en cuenta.
- Las condiciones económicas adicionales que para la entidad representen un ahorro sustancial o una ventaja monetaria considerable.
- Los valores monetarios que se le asignaran a cada ventaja técnica o económica adicional, de manera que permita ponderar las ofertas presentadas.

En todo caso, lo anterior lo hará la administración cuidando que el proponente no haga ofertas con precios artificialmente bajos, de ser así, deberá requerirlo para que explique la razón de esos precios, y esto será analizado por un comité asesor que determinará si la oferta es rechazada o si continúa en el proceso de selección.

Por último, cabe anotar que este Decreto, sufrió algunas modificaciones luego de que los



artículos 5, 46, 47, 54,65 y 88, en él contenidos, hayan sido declarados Inexequibles por parte de la Corte Constitucional al encontrar que se hallaba nublado el principio de contradicción y el derecho de defensa en los procesos de mínima y menor cuantía. Medida frente a la cual el gobierno expidió, el Decreto 2025 de 2009, el cual modifica algunos criterios en relación a la elección del contratista en los procesos de selección de mínima cuantía, estableciendo en tal sentido que si el valor del contrato es del 10% del valor de la mínima cuantía, la entidad podrá tener solo en cuenta las condiciones del mercado a la hora de celebrar el mismo.

**6. Régimen Reglamentario para la Enajenación de Bienes del Estado por Parte de Entidades Sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Decreto 4444 de noviembre 25 de 2008.**

Sobre este particular el Decreto 4444 de 2008, establece que para la enajenación de bienes del Estado por parte de entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la entidad encargada de efectuar la enajenación deberá hacer convocatoria pública para la venta del bien, y en todo caso también podrá contratar terceros, como lo son martillos, promotores, bancas de inversión y entre otros, con el fin de que les realice la enajenación.

Pero para poder contratar los terceros anteriormente nombrados, en todo caso en el pliego de condiciones se determinaran los requisitos que estos deben cumplir, además del precio, las formas de pago, tiempo para la escrituración y la realización del registro, y las consecuencias de no hacerlo en los plazos fijados.

De igual forma fija los mecanismos para la enajenación, la cual se podrá hacer observando

los siguientes requisitos que se encuentran descritos en el Decreto 4444 de 2008:

*“ARTÍCULO 6o. ENAJENACIÓN DIRECTA POR OFERTA EN SOBRE CERRADO. La enajenación directa por oferta en sobre cerrado de los bienes por parte de las entidades públicas, se realizará siguiendo el procedimiento que se señala a continuación:*

- 1. La entidad publicará en el Secop la convocatoria para la enajenación de los bienes que pretenda negociar de forma directa. Con el aviso de la convocatoria se publicará el proyecto de pliego de condiciones y la indicación del lugar en donde pueden consultar los estudios y documentos previos. Se publicará igualmente el listado de bienes sometidos al proceso de enajenación.*
- 2. Recibidas y respondidas las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, la entidad expedirá el acto administrativo de apertura y lo publicará en el Secop junto con el pliego definitivo.*
- 3. Una vez recibidas las ofertas, la entidad hará la verificación de los requisitos habilitantes de los oferentes, cuyo resultado será publicado en el Secop junto con el listado de los bienes sobre los cuales se recibieron propuestas.*
- 4. En el lugar, día y hora señalados en el pliego de condiciones, en la audiencia convocada para tal efecto, se dará apertura a las ofertas económicas de los proponentes habilitados, y se informará la mejor oferta recibida en sobre cerrado, con el fin de permitir, por una sola vez, que los asistentes la mejoren.*
- 5. Surtido este paso, la entidad adjudicará el bien al proponente que haya ofertado el mejor precio.”*

*“ARTÍCULO 7o. ENAJENACIÓN DIRECTA A TRAVÉS DE SUBASTA PÚBLICA. Las entidades públicas podrán vender sus bienes a través del mecanismo de subasta pública, cuyas condiciones de realización deberán ser señaladas en el pliego de condiciones. En todo caso, para tales efectos se tendrá en cuenta:*

- 1. La subasta se llevará a cabo con los oferentes habilitados de conformidad con el pliego de*

*condiciones, de manera presencial o electrónica, en el día y hora señalados en el respectivo pliego.*

*2. El mayor precio ofrecido por los participantes habilitados en sus ofertas, será el valor inicial con el que comenzará la subasta.*

*3. El bien será adjudicado al participante que haya ofertado el mayor valor a pagar, si transcurrido el tiempo señalado en el pliego de condiciones no se logra una postura mejor.”*

*“ARTÍCULO 8o. ENAJENACIÓN A TRAVÉS DE PROMOTORES, BANQUEROS DE INVERSIÓN, MARTILLO, BOLSA DE BIENES Y PRODUCTOS AGROPECUARIOS, AGROINDUSTRIALES O DE OTROS COMMODITIES U OTROS PROFESIONALES IDÓNEOS. Cuando se elija el mecanismo de enajenación a través de uno o varios promotores, banqueros de inversión, martillos, bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities u otros profesionales idóneos, la venta siempre deberá realizarse a través de subasta pública, o mediante el mecanismo de derecho privado que se convenga con el intermediario.*

*Se exceptúa de esta regla la enajenación de los bienes a través de la sociedad Central de Inversiones S. A. - CISA, la cual aplicará sus métodos y procedimientos para la realización de los bienes entregados para ello. El precio mínimo de venta será el señalado por la entidad, de conformidad con el presente decreto.*

*PARÁGRAFO 1o. A los intermediarios contratados por las entidades públicas para la enajenación de sus bienes les serán aplicables las causales de inhabilidad e incompatibilidad y el régimen de conflicto de interés consagrado en la ley. Central de Inversiones S. A. deberá adicionalmente tener en cuenta los principios del artículo 209 de la Constitución Política.*

*PARÁGRAFO 2o. Para el avalúo de los bienes, los intermediarios se servirán de evaluadores debidamente inscritos en el Registro Nacional de Avaluadores, RNA, quienes responderán solidariamente con aquellos.”*

Así pues, según lo anterior estos son los tres modos en que la entidad puede enajenar un bien del Estado, pero con respecto al precio mínimo, en primer lugar se deberá observar el avalúo el cual se realizará de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 10. AVALÚO COMERCIAL. Para efectos de determinar el precio mínimo de venta de los bienes inmuebles de las entidades públicas, la entidad deberá obtener el avalúo comercial de los mismos, el cual podrá ser adelantado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, bancas de inversión o por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado que se encuentre registrada en el Registro Nacional de Avaluadores.*

*El avalúo deberá tener una vigencia máxima de un año contado a partir de su expedición y encontrarse vigente al momento de determinar el precio mínimo de venta.”*

Pero además de lo anterior, la entidad deberá igualmente tener en cuenta para determinar el precio mínimo de venta, tres criterios que son:

*“ARTÍCULO 11. PRECIO MÍNIMO DE VENTA. Una vez obtenido el avalúo comercial de que trata el artículo anterior, la entidad lo ajustará para obtener el precio mínimo de venta.*

*La entidad, al ajustar el avalúo comercial para establecer el precio mínimo de venta del bien inmueble, deberá tener en consideración las siguientes variables:*

- 1. Valor del avalúo: Corresponde al valor arrojado por el avalúo comercial vigente.*
- 2. Ingresos: Corresponden a cualquier tipo de recursos que perciba la entidad, proveniente del bien, tales como cánones de arrendamiento y rendimientos.*
- 3. Gastos: Se refiere a la totalidad de los gastos en que incurre la entidad, dependiendo del tipo de bien, que se deriven de la titularidad, la comercialización, el saneamiento, el mantenimiento y la administración del mismo, tales como:*

- *Servicios públicos.*
- *Conservación, administración y vigilancia.*
- *Impuestos y gravámenes.*
- *Seguros.*
- *Gastos de promoción en ventas.*
- *Costos y gastos de saneamiento.*
- *Comisiones fiduciarias.*
- *Gastos de bodegaje.*
- *Deudas existentes.*

4. *Tasa de descuento: Es el porcentaje al cual se descuentan los flujos de caja futuros para traerlos al valor presente y poder con ello determinar un valor equivalente del activo y estará determinada en función de la DTF.*

5. *Tiempo de comercialización: Corresponde al tiempo que la entidad considera que tomará la comercialización de los activos con el fin de calcular los ingresos y egresos que se causarían durante el mismo.*

6. *Factores que definen el tiempo de comercialización: Los siguientes factores, entre otros, afectan el tiempo de comercialización del activo:*

- *Tipo de activo.*
- *Características particulares del activo.*
- *Comportamiento del mercado.*
- *Tiempo de permanencia del activo en el inventario de la entidad.*
- *Número de ofertas recibidas.*
- *Número de visitas recibidas.*
- *Tiempo de comercialización establecida por el evaluador.*
- *Estado jurídico del activo.*

*Dependiendo de estos factores, los activos se clasificarán como de alta, mediana y baja*

*comercialización.*

7. *Estado de saneamiento de los activos:* Para efecto de determinar el estado jurídico de los activos, se tendrá en cuenta, además, si el mismo está saneado.

a) *Activo saneado transferible:* Es el activo que no presenta ningún problema jurídico, administrativo o técnico, que se encuentra libre de deudas por cualquier concepto, así como aquel respecto del cual no exista ninguna afectación que impida su transferencia.

b) *Activo no saneado transferible:* Es el activo que presenta problemas jurídicos, técnicos o administrativos que limitan su uso, goce y disfrute, pero que no impiden su transferencia a favor de terceros.

8. *Cálculo del Precio Mínimo de Venta (PMV):* El precio mínimo de venta se calcula como la diferencia entre el valor actualizado de los ingresos incluido el valor del avalúo del bien y el valor actualizado de los egresos a una tasa de descuento dada.

*La justificación de calcular esta relación es la de establecer el precio de referencia por el cual se puede enajenar el bien teniendo en cuenta el tiempo de comercialización y los costos en que incurre la entidad por ser la propietaria del activo.”*

Lo aquí expuesto tiene validez para los bienes inmuebles; No obstante frente a los bienes muebles se aplicara las siguientes reglas:

*“ARTÍCULO 12. AVALÚO COMERCIAL. Para efectos de determinar el precio mínimo de venta de las aeronaves, motonaves y los vehículos de más de dos (2) ejes, la entidad deberá obtener un avalúo comercial, el cual será practicado por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado, que se encuentre registrado en el Registro Nacional de Avaluadores, RNA.*

*Cuando se trate de otro tipo de bien mueble, se tendrá como precio mínimo de venta el resultante del estudio de las condiciones de mercado que para el efecto realice la propia entidad, teniendo en cuenta el valor registrado en los libros contables de la misma.*

*ARTÍCULO 13. PRECIO MÍNIMO DE VENTA. Una vez obtenido el avalúo comercial de que trata el artículo anterior, la entidad lo ajustará para obtener el precio mínimo de venta.*

*La entidad, al ajustar el avalúo comercial para establecer el precio mínimo de venta del bien mueble, deberá tener en consideración las siguientes variables:*

- 1. Valor del Avalúo: Corresponde al valor arrojado por el avalúo comercial del mueble vigente.*
- 2. Ingresos: Corresponden a cualquier tipo de recursos que perciba la entidad, proveniente del bien, tales como cánones de arrendamiento y rendimientos, de haberlos.*
- 3. Valor de depreciación esperada del bien mueble.*
- 4. Gastos: Se refiere a la totalidad de los gastos en que incurre la entidad, dependiendo del tipo de activo, la comercialización, el mantenimiento si hay lugar y la administración del mismo. Se tendrán en cuenta factores como:*
  - Conservación y vigilancia.*
  - Impuestos y gravámenes (Vehículos).*
  - Registro de propiedad (Vehículos).*
  - Seguros.*

- *Avalúos.*
- *Gastos de promoción en ventas (Ventas masivas de bienes muebles).*
- *Gastos de bodegaje.*
- *Gastos de transporte y embalaje.*
- *Reparaciones y mantenimiento.*
- *Gastos de Administración.*

4. *Tasa de descuento: Es el porcentaje al cual se descuentan los flujos de caja futuros para traerlos al valor presente y poder con ello determinar un valor equivalente del activo.*

5. *Tiempo de comercialización: Corresponde al tiempo estimado de comercialización del mueble, el cual depende, entre otros, del tipo de bien, sus características particulares y el comportamiento del mercado.*

6. *Cálculo Precio Mínimo de Venta (PMV): El Precio Mínimo de Venta se calcula como la diferencia entre el valor actualizado de los ingresos incluido el valor del avalúo del bien y el valor actualizado de los egresos a una tasa de descuento dada.*

*La justificación de calcular esta relación es la de establecer el precio de referencia por el cual se puede enajenar el bien teniendo en cuenta el tiempo de comercialización y los costos en que incurre la entidad por ser la propietaria del activo.”*

Lo aquí establecido se erige en los aspectos más relevantes a la hora de que una entidad sometida al régimen de contratación estatal desee enajenar un bien, pues de esta manera se logra determinar cómo fijar el precio de un bien y que reglas básicas se deben tener en cuenta a la hora de hacerlo.



## **7. Régimen Reglamentario de Garantías en la Contratación de la Administración Pública. Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008.**

En cuanto al tema de las Garantías en la Contratación de la Administración Pública encontramos la regulación hecha en el marco del Decreto 4828 de 2008, quien se encarga en primera instancia de determinar que riesgos debe cubrir el oferente a la hora de presentar su oferta a la entidad, aclarando sobre el particular que el cubrimiento de estos riesgos siempre será indivisible, a menos que la Ley o el nombrado decreto lo permita.

Los riesgos que se deben cubrir en esencia son:

- Riesgos Derivados del Incumplimiento del Ofrecimiento.

- Riesgos Derivados del Incumplimiento de las obligaciones Contractuales.

Estos dos serian los riesgos a cubrir por parte del contratante, quien lo podrá hacer mediante varios mecanismos, donde el más usado y confiable es la póliza de seguro que cubra esos riesgos, pero igualmente encontramos otros menos usados pero igualmente válidos, como lo son la fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores y deposito de dinero en garantía.

No obstante lo anterior, el Decreto 4828 de 2008 en su artículo 6° también establece la obligación de incluir en todos los contratos estatales una cláusula de indemnidad, a través de la cual el contratista se obliga a mantener incólume a la administración frente a cualquier problema que se pueda derivar de la ejecución del contrato.

En todo caso el conjunto de garantías que fije la administración para poder contratar,

deberán ser aprobadas con anterioridad y analizadas a fin de determinar si las mismas son suficientes para cubrir los riesgos derivados del contrato.

Para evaluar la suficiencia de la garantía se aplicarán las siguientes reglas:

-*Seriedad del ofrecimiento*: El valor de esta garantía no podrá ser inferior al 10% del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado.

- *Buen manejo y correcta inversión del anticipo*: Deberá ser equivalente al 100% del valor que reciba el contratista a título de anticipo.

-*Pago anticipado*: Deberá ser equivalente al 100% del monto que reciba el contratista a título de pago anticipado.

-*Cumplimiento*: El valor de esta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al 10% del valor total del contrato.

-*Pago de salario, prestaciones sociales*: No podrá ser inferior al 5% del valor total del contrato, y deberá ser por el plazo del contrato y tres años más.

-*Estabilidad y calidad de la obra*: Se determinará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato. La vigencia no será inferior a 5 años.

-*Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados*: Se analizará en cada caso de

acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

*-Calidad del servicio:* Se analizará en cada caso de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato.

*- Responsabilidad extracontractual:* No podrá ser inferior al 5% del valor del contrato, y en ningún caso inferior a 200 SMLMV.

Por su parte, vale la pena recordar que antes del inicio de la ejecución del contrato, la entidad contratante aprobará la garantía de cumplimiento siempre y cuando reúna los requisitos establecidos para tal fin.

#### **8. Régimen Reglamentario Para el Registro Único de Proponentes. Decreto 4881 del 31 de diciembre de 2008.**

Recibe tal denominación en tanto, contrario a los diversos registros llevados por cada una de las entidades individualmente con anterioridad a la entrada en vigencia de este régimen, este se constituye en un registro unificado de inscritos, útil frente a todos los procesos de selección adelantados por las Entidades Estatales.

La regulación jurídica del Registro Único de Proponentes se encuentra plasmada en el Decreto 4881 de 2008, el cual fue modificado parcialmente por el Decreto 2247 de 2009. Estos decretos identifican a que se refiere el registro único de proponentes, determinando la forma de inscripción, la calificación de los proponentes, las sanciones que es posible que se les imponga por el incumplimiento de contratos con el Estado, e igualmente la obligación de las personas extranjeras de registrarse en el evento en que quieran contratar con el

Estado.

Se establecen definiciones de los conceptos claves para efecto del Registro, como lo son:

-*Calificación*: cantidad de puntos que le corresponde a cada inscrito en el registro y la fijación consecuente del monto máximo de contratación o capacidad de contratación (K) de cada registrado.

-*Capacidad residual*: capacidad real de contratación que resulta de restarle a la capacidad máxima de contratación, la sumatoria de los valores de los contratos que tenga en ejecución el contratista. El cálculo de este será efectuado por la entidad al momento de la presentación de la oferta.

-*Clasificación*: Es la ubicación que el mismo proponente efectúa dentro de la actividad, especialidad y grupo que le corresponde, de acuerdo con la información que acredita a través de la inscripción, renovación o actualización. Los proponentes se podrán clasificar en una o varias actividades, especialidades o grupos en un mismo acto de inscripción.

- *Experiencia probable*: Es la experiencia del proponente derivada del tiempo en que ha podido ejercer la actividad, certificada para efectos de calificación según los parámetros establecidos en el Decreto 4881.

- *Experiencia para la clasificación*: Es la experiencia del proponente, que se toma en cuenta exclusivamente para efectos de su clasificación en el RUP.

El Registro Único de Proponentes deberá ser llevado por las Cámaras de Comercio del

lugar donde se encuentre radicada la persona que pretenda contratar con la administración. No obstante la entidad podrá exigir y los proponentes aportar la información y documentación que no sea objeto de verificación documental por parte de la Cámara de Comercio. La Cámara podrá efectuar convenios entre ellas para la mejor prestación de los servicios, pero en ningún caso podrán hacer uso de tal herramienta para transferir su responsabilidad frente a terceros.

Cualquier entidad estatal podrá impugnar la inscripción efectuada frente a la Cámara de Comercio; con lo cual si se llega a comprobar que la información suministrada es gravemente inconsistente con la información o documentos suministrados, se producirá la cancelación del correspondiente registro; paralelo a lo cual se le impondrá como sanción una inhabilidad de 5 años para contratar con Entidades Estatales al inscrito.

Por su parte, en caso de que el inscrito se trate de una persona natural extranjera que no cuente con domicilio en el país, o de persona jurídica extranjera que no tenga establecida sucursal en Colombia; no se le podrá exigir el registro único de proponentes, será la propia entidad quien adelante la verificación de la información sobre la capacidad jurídica, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO Y EN RELACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTES.**

En el análisis de la regulación aplicable a cada contrato a fin determinar el supuesto normativo aplicable a ellos y con ello el control de legalidad al que se encuentran sujetos, resulta de trascendencia estudiar no solo el régimen general sino también analizar cuáles son

aquellos contratos que por la naturaleza jurídica de las partes, el objeto contractual, o por la calidad en que participan los contratantes dentro del mercado, requieren que su desarrollo y ejecución tengan que sujetarse a otro tipo de regulación distinta a la general establecida en el Estatuto.

Para tal fin estudiaremos, cuales son los regímenes especiales de contratación que se presentan en nuestra legislación, en relación al objeto del contrato, y posteriormente aquellos en relación a los sujetos presentes en la relación contractual.

#### **A. REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN AL OBJETO DEL CONTRATO.**

En el presente acápite serán analizados aquellos contratos que se encuentran sujetos a una regulación especial en razón al objeto o prestación del contrato Estatal celebrado. Dejando presente que los mismos, no obstante su régimen aplicable conservan el carácter de estatales y se encuentran por ello sometidos a los principios que deben regir la contratación estatal y las actuaciones administrativas en general.

##### **1. Los Contratos de las Entidades de Crédito del Estado.**

Los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, según lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 32 de la ley 80 modificado por el art.15 de la ley 1150, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades, es decir el Estatuto Financiero, el Código de Comercio, Código Civil.

En igual sentido el Artículo 21 decreto reglamentario 679 de 1994, establece la exclusión de este tipo de contratos de la regulación contenida en el Estatuto.

Tal exclusión tiene su explicación en el hecho de que estas entidades de Crédito del Estado compiten en el mercado con otras entidades de crédito de naturaleza privada, motivo por el cual se deben de regir por normas de Derecho Privado, este es el caso del Banco Agrario de Colombia, entidad que se rige por las normas del Derecho Mercantil, Financiero y Civil. No obstante, a estas entidades también les son aplicables los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, contemplados en los artículos 209 y 267 de Constitución Política, y el régimen de incompatibilidades e inhabilidades aplicables a la contratación estatal. Lo anterior tiene su razón de ser en la dualidad que debe afrontar la entidad, en cuanto por un lado, estamos frente a una entidad que compite en el mercado y se hace injusto que en sus contratos tenga las prerrogativas que le otorga el Estatuto de Contratación Estatal a las entidades públicas, y por otro lado en todo caso son entidades que manejan dineros públicos y que como tal son objeto del ejercicio del control fiscal.

No obstante, esta consagración normativa, resuelve parcialmente la vicisitud sobre la normatividad aplicable a este tipo de contratos, en tanto en la actualidad ni desde el punto de vista doctrinal ni jurisprudencial existe claridad sobre lo que debe entenderse como parte del giro ordinario de los negocios de estas entidades y que no.

## **2. Los Contratos de las Entidades Aseguradoras Estatales.**

Tratándose de las entidades aseguradoras del Estado nos encontramos frente al mismo supuesto de dualidad que se observa con las entidades de crédito del Estado, en cuanto si

bien son entidades de Derecho Público, y por tanto sujetos observantes de los principios de la contratación y acreedoras del régimen de responsabilidad fiscal, se les aplica en el ejercicio de las actividades contractuales propias de su objeto social, las normas de Derecho Comercial, Financiero y Civil, pues como se explicaba anteriormente estas entidades compiten en el mercado con agentes de Derecho Privado.

### **3. Los Contratos de Entidades Fiduciarias Estatales.**

Tal como se establece en los artículos citados precedentemente, las entidades fiduciarias del Estado comparte la dualidad señalada frente a los dos casos anteriores, pues estas compiten en el mercado con entidades de Derecho Privado, y por lo tanto se rigen en su contratación por normas de Derecho Comercial, Financiero y Civil; Pero aun así, estas no se encuentran exentas del ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría General, y aun así deben preservar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades del Estatuto General de la Contratación Estatal.

### **4. Los Contratos de Compraventa de Bienes Inmuebles Estatales Estado Comprador.**

En este caso el Estado como comprador en un contrato de compraventa de bien inmueble, deberá regirse como agente de Derecho Privado y por las normas del Derecho Civil que para la materia existen, puesto que al querer hacerse a un bien inmueble perteneciente a un particular, deberá negociarlo con el mismo para poder comprarlo, y efectuar los ritualismos que fija la Ley Civil para la adquisición del mismo, como es elevar la compra a escritura pública y registrar la misma en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar donde se encuentre el bien inmueble.



#### 4.1 El Estado Vendedor.

Sobre este particular es de resaltar que si la entidad que pretende vender se encuentra sometida al régimen del estatuto general de contratación estatal, esta deberá regirse por el Decreto 4444 de 2008, que fija el procedimiento para poder enajenar un bien inmueble del Estado por parte de las mencionadas entidades, pero si se trata de una entidad que no está sometida al mencionado estatuto, esta deberá regirse por las normas de Derecho Privado para la compra y venta de bienes inmuebles, cumpliendo los ritualismos impuestos por este tipo de regulación.

Pero a pesar de todo y por ser en todo caso entidades del Estado deberán tanto en el caso de la compra como en la venta observarse los principios de la función administrativa, y sobre estas actuaciones procederá un control fiscal de las mismas, además de aplicarse el régimen de incompatibilidades e inhabilidades del régimen de contratación estatal.

Es en este sentido importante establecer lo precisado por el parágrafo 3 del art.24 del Estatuto el cual frente al tema y en especial frente a la modalidad de venta por el sistema de martillo, modalidad a la que podrá acudir la entidad siempre y cuando exista norma que la habilite, en caso contrario se determinará la cuantía según las normas del Estatuto. El referido artículo reza lo siguiente:

*“Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de subasta que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.*

*La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de*

*transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates.”*

## **5. El Contrato de Avalúo.**

La regulación del contrato de avalúo está sometida a determinar en primer lugar si la entidad que va realizar el avalúo se rige o no por el estatuto general de contratación, pues de ser así estamos frente a un proceso de contratación que se deberá regir por las normas de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y sus respectivos decretos reglamentarios.

Pero por otro lado, también nos podemos encontrar con entidades que no se encuentran bajo el estatuto general de contratación estatal, caso en el cual estos contratos de avalúo se rigen por normas comerciales y civiles que regulan la materia, y por lo tanto las obligaciones que se derivan del mismo son las mismas que nacen del Derecho Privado.

Pero en todo caso como se ha dicho con anterioridad, pero lo cual vale la pena recalcar, a pesar de ser contratos de derecho privado estos no escapan al control fiscal del Estado y a cumplir los principios de la función administrativa en esos contratos.

## **6. El Contrato Estatal de Empréstito.**

Este contrato es llevado a cabo con especial rigurosidad, toda vez que no atiende a la regla general de los contratos estatales que es la licitación, pero aun así es la misma Ley 80 de 1993 en su artículo 41 parágrafo 2º quien define como deben ser llevadas a cabo las

operaciones de crédito del Estado con entidades de Derecho Privado Nacional o Internacional para financiar sus operaciones, o en la emisión de títulos valores, bonos y acciones que tienen como tal el mismo fin.

Estas operaciones las puede hacer la entidad como tal sin necesidad de adelantar un proceso de licitación, pero deberá en todo caso pedir autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que este autorice la operación.

No obstante, cabe precisar frente a este tipo de contratos, que según lo establecido en el artículo precedente, las operaciones de crédito público de los Municipios y departamentos se continúan rigiendo por lo contemplado en los decretos 1222 y 1333 de 1986.

## **7. El Contrato Estatal de Comodato.**

El contrato de comodato regulado en los artículos 2200 y siguientes del Código Civil, es un contrato donde una persona entrega de manera gratuita a otra un bien mueble o inmueble de una misma especie, para su uso con cargo a que esa persona la restituya de la misma manera.

Frente a este contrato cuando lo celebra el Estado, que solo puede ser como comodatario, pues si actúa como comodante estaríamos frente a una posible donación a cargo del Estado la cual se encuentra proscrita desde la Constitución Política, es un contrato de naturaleza civil, que se rige y se lleva a cabo por las normas civiles, y que escapa a la esfera del régimen de contratación estatal, pues como tal no genera una obligación de parte del Estado de pagar al comodante suma alguna de dinero por el uso del bien, pues una de las

principales características de este contrato es su gratuidad.

Por lo tanto sería absurdo someter a un proceso de licitación a quien desee contratar en comodato con el Estado, para el uso de un bien determinado, pues es por mera voluntad del comodante que a título gratuito entrega un bien al Estado por un determinado tiempo, para su uso, con cargo a que este lo devuelva en su mismo estado y lo conserve.

## **8. El Contrato Estatal de Mutuo.**

Este contrato que tiene aspectos similares al contrato de comodato se encuentra regulado en los artículos 2221 y SS del Código Civil, y se diferencia del anterior, en tanto el mutuo hace referencia a un préstamo de consumo, con la obligación de restituir un elemento de iguales características; en otras palabras el mutuo es un contrato en que una parte le entrega a otra un bien fungible o consumible para que esta lo utilice, y esta se compromete a devolver otro bien de las mismas características que el anterior.

Este contrato como tal no puede ser confundido con el préstamo de dinero a interés, pues en este caso estaríamos hablando de un contrato de empréstito. Así pues, los contratos de este tipo que celebre el Estado, se les aplican las disposiciones contempladas por la Ley Civil para tal fin, legislación en la que se encuentran regulados, pues por tratarse es un contrato que en su esencia es gratuito, no tiene lógica como se dijo anteriormente que este se haga por medio de una licitación o un proceso engorroso.

## **9. La Donación.**

Frente al contrato de donación, es apropiado aclarar en primera instancia que el Estado no podrá en ningún momento y bajo ninguna circunstancia decretar donación alguna a favor de una persona natural o jurídica de derecho privado, esto por prohibición expresa del artículo 355 de la Constitución Política, en defensa del patrimonio público.

Pero frente a donaciones que hagan particulares a entidades públicas, es de aclarar que son perfectamente validas, y que se regirán por las normas establecidas para tal fin en el Código Civil en los artículos 1443 y siguientes del mismo Código. Se hace perfectamente claro el hecho de que este tipo de contratos no cumpla con el régimen de contratación estatal, pues sería anti técnico desde el punto de vista jurídico someter a un trámite de licitación una donación que un particular le quiera hacer a una entidad del Estado. El estado determinará la viabilidad del objeto y la licitud de la misma, y en caso positivo tomará el control y la propiedad del bien.

## **10. El Contrato Estatal de Arrendamiento.**

El Estado como agente del mercado, al igual que cualquier persona natural o jurídica de naturaleza particular y privada, en ocasiones también requiere para el desarrollo de sus finalidades y la prestación de los servicios a cargo, realizar negocios jurídicos contractuales cuyo objeto consista en la facultad de ejercer la facultad que emana de la titularidad de la propiedad sobre bienes inmuebles.

De allí, que el Estado cuando requiere de un bien inmueble para la prestación de un servicio a cargo, y no cuenta con este, normal y ordinariamente tiene dos opciones, (i)

como es el de la adquisición a través de los contratos de compraventa, si el inmueble no es de aquellos declarados de utilidad pública y de interés social, para lo cual debe contar con las autorizaciones legales correspondientes, el estudio de oportunidad, conveniencia y justificación, el avalúo comercial reglamentario y el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, la acreditación de la propiedad, para lo cual debe contar con los elementos de licitud del negocio jurídico, lo cual es el mutuo acuerdo que emana de la autonomía de la voluntad de las partes, la capacidad, la causa, el objeto lícitos ; o (ii) acudir al contrato de arrendamiento del inmueble, cualquiera que sea su naturaleza, y puede ser un bien urbano o rural, de destinación comercial, vivienda o mixto, ya sea edificación, lote urbano o terreno rural; para lo cual debe contar con el estudio de oportunidad, conveniencia y justificación, el avalúo comercial reglamentario, la disponibilidad presupuestal correspondiente, la acreditación de la propiedad, de la administración del inmueble o posesión del mismo.

De allí, que el cuando el Estado requiere en arrendamiento el inmueble- no compraventa-, acude como agente del mercado al negocio jurídico reglado tanto en el Código Civil, como en el Código de Comercio, aplicándole las reglas especiales de los contratos estatales. Es por ello, que en este caso la administración pública ocupa el rol o la posición jurídica de Estado arrendatario, por lo que el negocio jurídico celebrado ya no es un simple contrato privado de arrendamiento, sino un contrato estatal de arrendamiento, ya que debe someterse a las formalidades propias de los contratos celebrados por la administración pública, tales como que debe constar pro escrito, debe celebrarse con previa disponibilidad presupuestal, que es la multiplicación del valor del canon periódico de arrendamiento por el plazo del mismo, con la prohibición de la renovación automática de contrato o de previo mutuo acuerdo sin la correspondiente disponibilidad presupuestal.

Pero igual ocurre, cuando el inmueble es propiedad del Estado, no lo requiere para la prestación directa de los servicios a cargo, y por ello lo entrega a un particular o al mismo estado en arrendamiento, y es lo que se conoce como el Estado Arrendador, con las formalidades propias de los contratos estatales, salvo que cuando el Estado es el arrendador puede pactar con el particular arrendatario las prórrogas automáticas, ya que éste contrato no requiere de disponibilidad presupuestal.

### **10.1 El Estado Arrendador.**

En cuanto al Estado como arrendador es de aclarar que el artículo 1981 del Código Civil establece lo siguiente: *“Los arrendatarios de bienes de la Unión, o de establecimientos públicos de ésta, se sujetarán a las disposiciones del presente capítulo, salvo lo estatuido en los Códigos y Leyes especiales”*. Lo que quiere significar que cuando el Estado actúa como arrendador deberá en todo caso someterse a las reglas del Derecho Privado, y a las normas del arrendamiento que trae dentro de sí el Código Civil.

Ahora entonces la Ley 80 de 1993 no establece restricción alguna con la forma de celebración del contrato, ni con la duración, derogando en lo atinente a estos temas al Decreto 222 de 1983, que si establecía formas de escoger al arrendatario y duración mínima del contrato, pero aun así, si puso una pequeña restricción y es que dichos contratos deberán celebrarse por escrito.

### **10.2 El Estado Arrendatario.**

De conformidad con lo anterior, las entidades públicas que pretendan arrendar también

serán sujetos del Derecho Privado, pues el acto que celebran como tal se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley 80 de 1993, pero toca en todo caso aclarar que como tal las entidades de derecho público no pueden ser sujetos de actos de comercio, por esta razón la normatividad aplicable en este caso será la normatividad civil, para regular al Estado como arrendatario.

## **11. Imposición de Servidumbre y Ocupación Temporal.**

Con respecto a la ocupación temporal y la imposición de servidumbres es el Decreto Ley 222 de 1983 el que regula el tema, refiriéndose primero a la utilidad pública en las ocupaciones transitorias de la siguiente manera:

*“Art. 108.- De la utilidad pública en la ocupación transitoria, adquisición e imposición de servidumbres sobre inmuebles de propiedad particular. De conformidad con las leyes vigentes, considerase de utilidad pública para todos los efectos legales la adquisición y la imposición de servidumbres sobre bienes inmuebles de propiedad particular, cuando tal adquisición o imposición de servidumbres sean necesarias para la ejecución de los contratos definidos en el artículo 81 de este estatuto.”*

Con respecto al nombrado artículo 81 del Decreto Ley 222 de 1983, este se refería a los contratos de obra pública, los cuales se definían como los de construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público.

Ahora entonces la ocupación temporal deberá llevarse a cabo primero con el consentimiento del particular afectado con la misma, y pactando un justí precio con la administración por la ocupación temporal, este precio en todo caso será evaluado por el



Instituto Geográfico Agustín Codazzi; pero si con el pacto del precio anteriormente nombrado, el particular no se encuentra de acuerdo, la administración pública podrá siempre en todo caso ocupar el bien, y de ser necesario con ayuda de la autoridad competente, y el particular podrá demandar la indemnización por los perjuicios causados por dicha ocupación por medio de una acción de reparación directa.

Con respecto a la imposición de servidumbres por obras públicas es el artículo 111 del nombrado Decreto Ley el que establece lo siguiente:

*“Art. 111.- De la imposición de servidumbres. Los predios de propiedad particular deberán soportar todas las servidumbres que sean necesarias para construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de obras públicas.*

*La imposición de una servidumbre con los fines mencionados en el inciso anterior se decidirá por el juez competente, según la cuantía, previo el siguiente procedimiento:*

*Con la demanda la entidad interesada pondrá a disposición del juzgado la suma correspondiente al estimativo de la indemnización que en su concepto deba pagarse al propietario del bien.*

*Admitida la demanda se correrá traslado de ella al demandado por el término de tres días.*

*Si dos días después de proferido el auto que ordena el traslado de la demanda esta no hubiere podido ser notificada a los demandados, se procederá a emplazarlos en la forma indicada en el inciso 2º del artículo 452 del Código de Procedimiento Civil.*

*En materia de excepciones se dará aplicación a lo establecido por el artículo 453 del Código de Procedimiento Civil.”*

Según lo anterior en todo caso los particulares deberán soportar las servidumbres que por razón de interés general deba soportar, pero aun así tiene la obligación la administración de poner a disposición del administrado la indemnización que ellos consideren prudente por

este gravamen, pero si el juez considera que esta indemnización no es suficiente para cubrir el perjuicio causado al particular, en todo caso podrá imponer el pago del excedente adicional a la administración a favor del administrado.

## **12. Contrato Estatal de Ciencia y Tecnología.**

Se hace necesario primero aclarar que en la actualidad donde la fuerza de las naciones no se mide tanto en su riqueza económica sino en sus conocimientos, los conocimientos de ciencia y tecnología se hacen más importantes cada día, por eso encontramos que para facilitar un poco el crecimiento de nuevas tecnologías se excluye de un trámite engorroso y dispendioso, a los contratos de ciencia y tecnología, pero primero necesitamos definir que es ciencia y tecnología, y es aquí que el artículo 2° del Decreto 591 de 1991, lo define de la siguiente manera:

*“ARTICULO 2o. Para los efectos del presente Decreto, entiéndase por actividades científicas y tecnológicas.*

*1. Investigación científica y desarrollo tecnológico, desarrollo de nuevos productos y procesos, creación y apoyo a centros científicos y tecnológicos y conformación de redes de investigación e información.*

*2. Difusión científica y tecnológica, esto es, Información, publicación, divulgación y asesoría en ciencia y tecnología.*

*3. Servicios científicos y tecnológicos que se refieren a la realización de planes, estudios, estadísticas y censos de ciencia y tecnología; a la homologación, normatización, metrología, certificación y control de calidad; a la prospección de recursos, inventario de recursos terrestres y ordenamiento territorial; a la promoción científica y*

*tecnológica; a la realización de seminarios, congresos y talleres de ciencia y tecnología, así como a la promoción y gestión de sistemas de calidad total y de evaluación tecnológica.*

*4. Proyectos de innovación que incorporen tecnología, creación, generación, apropiación y adaptación de la misma, así como la creación y el apoyo a incubadoras de empresas, a parques tecnológicos y a empresas de base tecnológica.*

*5. Transferencia tecnológica que comprende la negociación, apropiación, desagregación, asimilación, adaptación y aplicación de nuevas tecnologías, nacionales o extranjeras.*

*6. Cooperación científica y tecnológica nacional e internacional. “*

Además estos contratos se podrán celebrar según este decreto que fue derogado en gran parte por la Ley 80 de 1993 de la siguiente manera:

*“ARTICULO 8o. La Nación sus entidades descentralizadas podrán celebrar contratos de financiamiento destinados a actividades científicas y tecnológicas, que tengan por objeto proveer de recursos al particular contratista o a otra entidad pública, en una cualquiera de las siguientes formas:*

*a) Reembolso Obligatorio. El contratista beneficiario del financiamiento deberá pagar los recursos en las condiciones de plazo e intereses que se hayan pactado.*

*b) Reembolso condicional. La entidad contratante podrá eximir parcial o totalmente la obligación de pago de capital y/o intereses cuando, a su juicio, la actividad realizada por el contratista ha tenido éxito. Esta decisión se adoptará mediante resolución motivada.*

*c) Reembolso parcial. Para inversiones en actividades precompetitivas, de alto riesgo tecnológico, de larga*

*maduración o de interés general, la entidad contratante podrá determinar en el contrato la cuantía de los recursos reembolsables y la de los que no lo son.*

*d) Recuperación contingente. La obligación de pago del capital e Intereses sólo surge cuando, a juicio de la entidad contratante, se determine que se ha configurado una de las causales específicas de reembolso que se señalen en el contrato. La existencia de la obligación será establecida mediante resolución motivada.”*

Todas esas prerrogativas que otorga el anterior artículo del Decreto 591 de 1991, tiene como finalidad promover la investigación y el desarrollo científico y tecnológico del Estado, y por eso se pueden celebrar de esa manera este tipo de contratos.

Por último este mismo Decreto en todo caso establece que la Nación también podrá celebrar convenios de cooperación con los particulares y otras entidades del Estado para el desarrollo tecnológico y científico, donde quienes celebran estos convenios pueden aportar dinero, industria, trabajo y bienes en especie.

### **13. El Contrato Estatal de Fiducia Pública.**

En cuanto al contrato de Fiducia Pública, la Ley 80 de 1993 le dio un tratamiento totalmente distinto al de la Fiducia Mercantil, toda vez que la fiducia mercantil reconoce dentro de sus características el hecho de que se crea un patrimonio autónomo, y que salen totalmente del patrimonio del fiduciante los bienes que se entregan al fiduciario, para que este los administre a favor del fiduciante o de un tercero beneficiario o fideicomisario.

Al contrario de lo que pasa en la fiducia mercantil, la fiducia pública no transfiere los

bienes del fiduciante al fiduciario, y como tal no se crea un patrimonio autónomo; así entonces lo que ocurre es que simplemente la sociedad fiduciaria actúa mas como una especie de encargo fiduciario, y no como un contrato de fiducia tal como lo determina el artículo 1226 del Código de Comercio.

Así entonces en la fiducia pública no existe transferencia de propiedad, solo existe un manejo y administración de los recursos, lo que no saca del patrimonio del constituyente los bienes que están en la fiducia pública, lo que lo puede conllevar a que un tercero acreedor de la administración pueda acudir a ellos para reclamar el cumplimiento de la obligación.

#### **14. El Contrato Estatal de Encargo Fiduciario.**

El encargo fiduciario, es un contrato en el cual una persona le encarga a una sociedad fiduciaria la administración de unos bienes o recursos con cargo a que estos sean devueltos a la misma persona o que sean en beneficio de un tercero, se diferencia de la fiducia mercantil, en cuanto este tipo de contrato no crea un patrimonio autónomo y no transfiere el dominio de los bienes.

Con la definición anterior podemos observar que el contrato de encargo fiduciario y el contrato de fiducia pública son muy similares, y casi idénticos, esto fue el resultado del legislador al poner mayores restricciones a las fiducias públicas en la Ley 80 de 1993, lo que termino siendo en conclusión la fiducia pública, fue un encargo fiduciario, que en si en nada se diferencian.

#### **15. Los Contratos Estatales de Edición, Impresión y Publicación.**

En el caso de los contratos estatales de edición, impresión y publicación, y por poner un ejemplo, de los contratos que celebra la Imprenta Nacional de Colombia, por tratarse esta entidad de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, estos contratos se regirán por la Ley Civil y Comercial, toda vez que esta cumple funciones que cumplen otros particulares y que por lo tanto están compitiendo en el mercado con los mismos.

Pero aun así, según lo anterior, no escapan a los principios de la función administrativa y al control fiscal por parte de los entes de control, además que en sus contratos también se puede llegar a aplicar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades que se aplica en el régimen de contratación estatal.

#### **16. Régimen de los Contratos para la Realización de Inversiones en Nuevas Plantaciones Forestales de Carácter Protector.**

El Certificado de Incentivo Forestal de Carácter Protector Productor CIF, fue creado mediante la Ley 139 de 1994, y este tiene como finalidad las inversiones de nuevas plantaciones forestales de carácter protector, y pueden acceder a los CIF, todas las personas naturales y jurídicas de carácter privado, entidades descentralizadas municipales o distritales cuyo objeto sea la prestación de servicios de agua y alcantarillado.

Estos CIF son certificados que son entregados por la entidad encargada del manejo de los recursos ambientales renovables y del medio ambiente, con los cuales la persona puede solicitar por una sola vez y en las fechas y plazos establecidos una suma de dinero por las plantaciones forestales de especies autóctonas o introducidas.

Este tipo de contrato para la entrega de los CIF, se convierte en un contrato especial, puesto

que tiene unos requisitos especiales y un trámite especial, el cual se encuentra regulado por el Decreto 1824 de 1994, el cual es el que regula la entrega y el trámite de los CIF.

## **17. Régimen de Contratos para el Desarrollo de Proyectos Culturales.**

Con respecto al régimen para el desarrollo de proyectos culturales la Ley 397 de 1997 en su artículo 36 establece lo siguiente:

*“Artículo 36. Contratos para el desarrollo de proyectos culturales. Para el cabal cumplimiento de las funciones relativas al fomento y el estímulo a la creación, investigación y a la actividad artística y cultural a que se refiere el Título III, así como las asignadas respecto al patrimonio cultural de la Nación, el Ministerio de Cultura podrá celebrar las modalidades de contratos o convenios previstos en los Decretos 393 y 591 de 1991, con sujeción a los requisitos establecidos en la citada normatividad.”*

Según el anterior artículo en cuanto al régimen de los contratos de desarrollo de proyectos culturales se les aplicara lo dispuesto en los Decretos 393 y 591 de 1991, refiriéndose el primero a las formas de asociación para el desarrollo de actividades científicas y culturales, aclarando en todo caso que a estas formas de asociación se les aplicara en todo caso la normatividad Civil y Comercial que sea del caso para el desarrollo de la sociedad.

El cuanto al Decreto 591 de 1991, este establece el régimen especial de contratación para el desarrollo de proyectos científicos, estableciendo este mismo decreto lo siguiente:

*“ARTICULO 3º . Los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas a que se refiere el artículo anterior, que celebren la Nación y sus entidades descentralizadas se regirán por las normas de derecho privado y por las especiales previstas en este decreto, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles,*

*comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos.”*

Por lo tanto, según el artículo anterior la naturaleza de los contratos de desarrollo científico y cultural es de Derecho Civil y Comercial, ahora si la naturaleza es privada en estos contratos, se deduce que la forma de contratación es directa para estos casos en particular, esto según el artículo 4° del mismo decreto, que fija lo siguiente:

*“ARTICULO 4° . Los contratos de fomento de actividades científicas y tecnológicas a que se refiere el artículo 2° de este decreto, se celebrarán directamente y sólo se requerirá para su validez el cumplimiento de los requisitos propios de la contratación entre particulares y de los especiales previstos en este decreto, y además apropiación y registro presupuestal, publicación en el Diario Oficial y pago del impuesto de timbre nacional, cuando a este haya lugar.”*

#### **18. Régimen de Contratos para la Venta de la Propiedad Accionaria de las Entidades del Estado.**

Con respecto a la venta de la propiedad accionaria de las entidades del Estado, esta se encuentra por fuera del estatuto general de contratación estatal, y se encuentra regulada por la Ley 226 de 1995, la cual establece los requisitos para la venta de dicha propiedad.

Este régimen en todo caso se hace con el respeto a unos principios básicos para la enajenación de los bienes accionarios de las entidades del estado los cuales son:

-Democratización: Toda persona tendrá derecho a acceder a la propiedad accionaria que el Estado enajene.

-Preferencia: Que consiste en que existen ciertas personas que tendrán preferencia



en adquirir dicha propiedad, como son los trabajadores de la empresa, los ex trabajadores de la entidad privatizada, entre otros.

-Protección del Patrimonio Público: Que la enajenación accionaria estatal se hará siempre preservando el patrimonio público.

-Continuidad del Servicio: Cuando se enajene propiedad accionaria de una entidad que preste un servicio de interés público, se garantizara la prestación del mismo.

En todo caso esta venta se deberá hacer siempre de conformidad con los principios de la función administrativa y sobre ellos se ejercerá un control fiscal de la venta.

## **19. Régimen de Causales de Caducidad de los Contratos Estatales de Orden Público.**

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, cuando se presentaba una de las causales de caducidad fijadas en el Decreto Ley 222 de 1983, se constituía en obligatorio para la entidad la declaratoria de la caducidad del contrato; Por su parte, y en antítesis a lo anteriormente expuesto, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, esta declaratoria de caducidad es facultativa de la administración, y en todo caso se le debe permitir la defensa en sede administrativa al contratista.

Lo anterior tiene su razón de ser, en el hecho de que la administración pública debe tratar de que con la declaratoria de caducidad no se afecte la continuidad de la obra o no se suspenda un servicio público, todo ello en defensa del interés general. La decisión de la declaratoria de caducidad es de tipo jurídico política. Es el ejercicio de una valoración de proporcionalidad, donde en todo caso se debe buscar proteger el interés general.

Declarada la caducidad, la administración deberá tomar posesión de la obra o del servicio que tenía contratado y tratar en el menor tiempo posible de iniciar un nuevo proceso de contratación para continuar con el contrato, o de darse el supuesto continuar con el segundo contratista calificado en el orden de elección.

Por último, vale la pena aclarar que por ser la naturaleza jurídica de la caducidad de tipo sancionatoria frente al indebido desarrollo del contrato por parte del contratista, este no podrá en ningún caso solicitar indemnización alguna por la misma, a diferencia de la terminación unilateral del contrato en la cual el contratista sí tiene el derecho a pedir ese monto. Lo aquí señalado encuentra su sustento normativo en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que reza lo siguiente:

*“ARTICULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

*En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.*

*Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las*

*sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.*

*La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.”*

Las causales Colombianas de caducidad; denominación que le damos en tanto es en el único ordenamiento que las contempla, establece igualmente como causal de caducidad, el incumplimiento del deber del contratista de informar y/o ceder a las peticiones o amenazas que reciban por parte de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.

En este punto es necesario señalar que la regulación de cláusulas excepcionales de orden público es diferente a las cláusulas excepcionales singulares, en tanto frente a las mimas no interesa determinar frente a qué tipo de contrato nos encontramos, es decir si es de aquellos en que las referidas cláusulas son prohibidas, facultativas u obligatorias de ser pactadas.

El gobierno es quien declara la caducidad en los casos de orden público, por ser el jefe del orden público (Nacional, Departamental, Municipal) mientras que en el régimen de las causales singulares de la ley 80 es el representante legal e la entidad quien lo declara.

## **20. La Caducidad por la Declaratoria de Responsabilidad Fiscal.**

En cuanto a la caducidad por declaratoria de responsabilidad fiscal, se debe decir que es obligación legal de la administración pública en el caso en que el contratista sea declarado fiscalmente responsable por causar un detrimento al patrimonio público, declarar la caducidad del contrato, esta se debe hacer por petición de la Contraloría, esto según lo

establece el artículo 61 de la Ley 610 de 2000, que fija lo siguiente:

*“Artículo 61. Caducidad del contrato estatal. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.”*

Ahora si se observa el citado artículo, en todo caso establece unas excepciones para declarar la caducidad del contrato, y estas excepciones tienen que ver con que el acto administrativo que expide declarando la responsabilidad fiscal del contratista haya perdido su fuerza ejecutoria por caducidad, o que cuando se declare la responsabilidad fiscal el contrato ya se encuentre liquidado, y estas dos razones tienen su fundamento en que, primero ningún acto administrativo puede ser eterno y ejecutado en el tiempo que la administración desee, y por otro lado es imposible declarar la caducidad de un contrato que se encuentra ya liquidado y cumplido, y que además de eso se le impongan las sanciones correspondientes a un contratista cumplido que fue hallado fiscalmente responsable de un detrimento patrimonial a la administración.

## **B. RÉGIMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN EN RELACIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTES.**

En este acápite estudiaremos la regulación especial existente frente a aquellos contratos que en virtud de la naturaleza jurídica de las partes que intervienen, están por fuera de la aplicación del Estatuto general de la Contratación. Entre las cuales se encuentran las Universidades Públicas, el Banco de la República y los denominados contratos de idoneidad.

## **1. Los Contratos Celebrados por las Universidades Públicas.**

La Constitución Política en su artículo 69 superior consagra la autonomía universitaria como principio rector de las actividades llevadas a cabo por los entes de educación superior, al establecer al respecto:

*“ARTICULO 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.*

*La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.*

*El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo.*

*El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”*

Este carácter autónomo es otorgado, en palabras de la Corte Constitucional en Sent. T-492 agosto 12/92 M .P. José Gregorio Hernández Galindo, tomando como fundamento:

*“La necesidad de que el acceso a la formación académica de las personas tenga lugar dentro de un clima libre de interferencias del poder público tanto en el campo netamente académico como en la orientación ideológica, o en el manejo administrativo o financiero del ente educativo.....En síntesis el concepto de autonomía universitaria implica la consagración de una regla general que consiste en la libertad de acción de los centros educativos superiores, de tal modo que las restricciones son excepcionales y deben estar previstas en la ley, según lo establece con claridad el artículo citado”*

En tal sentido, y siguiendo la estipulación constitucional señalada, el legislador expidió la Ley 30 de 1992, “*Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*”, norma en la cual se dotó a los entes de educación superior con las siguientes características: personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente, la facultad de elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, en concordancia con la Ley 647 de 2001.

Así mismo dispone esta norma en su artículo 57 párrafo, que aquellas instituciones de educación Superior que no tengan el carácter de universidades deberán organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal.

Por su parte, en cuanto al régimen a estas aplicable en materia contractual se tiene que según la naturaleza de la contratación a llevarse a cabo, advierten un carácter mixto en la normatividad aplicable a sus actos, de forma tal que dependerá de si con éste se busca cumplir directamente con la función del establecimiento educativo, o si el objeto contractual lo constituye la adquisición de un bien o servicio de orden administrativo; en el primer caso, es decir cuando la contratación es de tipo misional le serán aplicable las disposiciones del derecho privado, en el segundo por su parte, se aplicará Ley 80 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios. No obstante lo anterior, vale precisar que el hecho de que se aplique derecho privado en este tipo de contratos, no obsta para que con ello estos entes pierdan su carácter público y con ello la obligación de sujetarse en sus actuaciones a los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 superior.

Igualmente, debe determinarse la naturaleza del ente de educación superior, pues de una

parte las universidades estatales u oficiales, se rigen por las normas contenidas en el capítulo VI de la Ley 30 de 1992, mientras que las demás instituciones estatales u oficiales de educación superior, que se organicen como establecimientos públicos para los mismos efectos deben someterse a las normas de la Ley 80 de 1993.

En igual sentido a lo ya expresado, la Corte Constitucional en Sentencia C-547 de 1994 señala:

*“(...) Así las cosas, a primera vista podría pensarse que las universidades estatales u oficiales en materia contractual quedaron cobijadas por las normas del mencionado estatuto general de contratación de la administración pública; sin embargo, ello no es así, pues dichas instituciones se rigen por normas especiales dictadas por el legislador, de las cuales, justamente, hacen parte las demandadas. No ocurre lo mismo con las instituciones estatales u oficiales de educación superior que no tengan el carácter de universidad, pues como se expresó en el párrafo anterior, por tratarse de establecimientos públicos, su régimen contractual es el contenido en el estatuto precitado.*

Por su parte, la ley 1150 de 2007 establece en el artículo 4º, las causales por las cuales la administración pueden acudir a la contratación directa, de las que se exceptúan expresamente aquellos contratos suscritos por los entes de educación superior cuando estos son los ejecutores, es así como el literal c de la norma de la referencia expresa con relación al tema lo siguiente:

*Artículo 4º Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

*c) Contratos interadministrativos, 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. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo.*

*En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política. (Subrayado fuera del texto).*

Por ultimo, es importante precisar que esta autonomía es aplicable a las universidades independientemente del orden territorial en que se encuentren, es decir se aplica a las universidades del orden Nacional como la Universidad Nacional, así como las del orden Distrital y departamental como es el caso de la Universidad Distrital.

## **2. Los contratos del Banco de la República.**

Con respecto a los contratos del Banco de la República, es necesario aclarar que esta entidad cuenta con una gran autonomía que se reconoce desde la Constitución, lo que le permite darse su propio régimen de contratación. En general el régimen aplicable a los contratos que celebre dicha entidad según la Ley 31 de 1992, será el Derecho Privado, esto



en virtud del artículo 52 de la citada Ley, que establece:

*“ARTÍCULO 52. RÉGIMEN CONTRACTUAL. Las operaciones de crédito, descuento y redescuento deberán documentarse en títulos valores y, en su caso, contarán siempre con la responsabilidad de la institución descontada o redescontada. Para tal efecto el endoso en propiedad al Banco de la República de los títulos descontados o redescontados, no extingue las obligaciones a cargo del establecimiento de crédito.*

*El Banco de la República no podrá autorizar descubiertos en ninguna forma ni conceder créditos rotatorios ni de cuantía indeterminada.*

*Además de lo dispuesto en este artículo, los contratos de descuento y de redescuento que se celebren con el Banco de la República se regirán por las normas que expida la Junta Directiva y en lo no previsto por ellas, por el Código de Comercio.*

*Los contratos que celebre el Banco con cualquier entidad pública tienen el carácter de interadministrativos y solo requerirán para su validez la firma de las partes y el registro presupuestal a cargo de la entidad contratista.*

*Los demás contratos de cualquier índole que celebre el Banco de la República se someterán al derecho privado.*

*El Banco podrá, en la ejecución de los contratos internacionales que celebre y cuyo objeto principal haga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, someterse al derecho o tribunales extranjeros, señalar su domicilio o designar mandatarios en el exterior.”*

**3. Los Contratos celebrados con organizaciones no gubernamentales de reconocida idoneidad.**

Los contratos de idoneidad son igualmente denominados contratos de interés público, contratos sin ánimo de lucro, o contratos con Organizaciones No Gubernamentales.

El fundamento normativo de este tipo de contratos lo encontramos consagrado en primer término en el Art. 355 superior, el cual señala:

*“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 con los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.*

En desarrollo de la habilitación anteriormente señalada, el gobierno facultado para reglamentar la materia, expidió los Decretos 777 de 1992, 1403 del 26 de agosto de 1992, y, finalmente el Decreto 2459 del 9 de diciembre de 1993; en ellos estableció los requisitos que deben presentarse a fin de celebrar este tipo de contratos y las características de los mismos. En tal sentido el artículo 1° Del Decreto 777 preceptúa:

*“Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el 2° inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la nación, los departamentos distritos y municipios con entidades sin animo de lucro y de reconocida idoneidad con el propósito de impulsar programas y actividades de interés publico, deberán constar por escrito y se sujetaran a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente decreto y sin perjuicio de que puedan incluirse las cláusulas exorbitantes previstas por el decreto 222 de 1983.”*

En complemento a lo anterior, el artículo 3° del Decreto 1029 de julio 21 de 1992

dispone la necesidad que tiene el funcionario que se encuentre facultado para celebrar el contrato, de evaluar y certificar la reconocida idoneidad de la entidad contratista por escrito, e igualmente manifestar en la motivación respectiva que tiene conocimiento de las actividades que desarrolla la entidad y de la forma como ha cumplido con las labores que constituyen su objeto social.

Conforme al articulado transcrito y haciendo una interpretación sistemática del mismo, se tiene que el Gobierno en sus diferentes niveles, podrá celebrar contratos con las entidades sin ánimo de lucro o de reconocida idoneidad a fin de impulsar programas y actividades de interés público siempre que se cumplan unos requisitos, entre los que encontramos:

- Deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el referido Decreto.

- Deberá demostrarse la idoneidad frente al desarrollo del objeto contractual por parte de la Entidad sin ánimo de lucro, según las reglas establecidas para tal fin en el Decreto; ateniendo para ello al examen de criterios objetivos y a la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que debe surtir la función administrativa de acuerdo a lo consagrado en el artículo 209 de la Carta Política.

Se entiende por reconocida idoneidad la experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y administrativa de las entidades sin ánimo de lucro para realizar el objeto del contrato.

- La Entidad deberá contar con la respectiva autorización de parte del representante legal de

la Nación, departamento o municipio según el caso.

-Estarán sujetos a los planes nacionales y seccionales de desarrollo, programas y proyectos que apruebe el CONPES.

-La Entidad deberá contar con el certificado de disponibilidad presupuestal necesario para el desarrollo del contrato.

-Deberán constituir garantías de adecuado manejo y cumplimiento por parte del contratista.

-La ejecución del contrato estará sujeta al control por parte de un interventor designado para tal fin.

-Pueden incluirse dentro del contrato las cláusulas excepcionales de terminación, interpretación y modificación unilateral.

Por último vale precisar que estos contratos se caracterizan por tener costos administrativos, e ingresos, pero ser carentes de utilidades.

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS Y ENTIDADES DE SERVICIOS PÚBLICOS.**

El carácter de especial de los regímenes de contratación de las diferentes empresas y entidades que prestan servicios públicos, se encuentra determinadas por las propias reglas que inciden en el crecimiento de la actividad estatal recogidas por la constitución nacional y

las leyes que la desarrollan.

Para poder comprender el porque del régimen especial de los contratos de las entidades y empresas de servicios públicos, debemos entender este concepto como un concepto general; es decir que en el marco jurídico colombiano como el extranjero el concepto de servicios públicos es un genero del cual hacen parte otras especies, que resultan mas sencillo estudiar los servicios públicos desde sus especies y por tanto hacer un trabajo sobre su régimen de contratación mucho más serio.

Es así, debido a los múltiplex significados que adquiere la expresión “servicios públicos” y desde el punto de vista jurídico, *“al examinar las normas relativas a los servicios públicos resulta indispensable, pues, en cada caso, cual de las acepciones fue la que el constituyente o el legislador dieron a esta expresión”*.

*“En efecto, ella se utiliza, a veces, con un efecto instrumental, para referirse a todas las actividades y estructuras que la constitución o la ley colocan bajo la dirección directa o indirecta de las autoridades públicas. De ello hay varios ejemplos en nuestra constitución. Este es, por supuesto, el uso que puede tener más contenidos, esto es, el que permite calificar como servicios públicos más aspectos de la vida de la sociedad”*.

*“Se utiliza también, la expresión servicios públicos de acuerdo con lo que fueron las enseñanzas de Jése, para referirse a un régimen jurídico especial, que confiere a quienes se rigen por él ciertas obligaciones y facultades que no se encuentran en la órbita del derecho privado. Pueden mostrarse varios textos constitucionales donde tal uso ocurre; mas aún, este es el significado con el cual la constitución emplea con más frecuencia los términos servicios públicos”*.

Queda demostrado entonces, como la Constitución emplea la expresión servicios públicos

en diferentes apartes, estableciendo la necesidad que estudiar los contratos teniendo en cuanto el servicio público que presta cada empresa o entidad encargada de la prestación de estos servicios. De la prestación de cada uno de las especies de servicios públicos, surge entonces un régimen especial para su regulación y por su puesto para la contratación.

En el anterior orden de ideas, el inciso segundo del artículo 365 de la Constitución política, establece que *“los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley”, y “hay se reconoce que determinadas actividades deben ser objeto de regulaciones especiales”*.

Dentro de esas regulaciones especiales de los servicios públicos, “una clasificación para estos efectos haría parecer cuatro grupos principales de servicios: 1) los puramente administrativos (aquellos que atienden a las gestiones que los ciudadanos hacen ante las autoridades para su vida civil); 2) los de carácter social (vivienda, educación, salud previsión social, recreación); 3) los industriales y comerciales (que están destinados a aumentar la riqueza); y 4) los de mejoramiento de vida ciudadana (transporte, comunicaciones, mercados, electricidad, etc.)”.

### **1. Régimen especial de contratación estatal de concesión de servicios públicos administrativos.**

Los servicios públicos administrativos como lo habíamos anotado anteriormente, son aquellos servicios que se prestan en todas las oficinas de las entidades del Estado abiertas al público. Los servicios públicos denominados administrativos, corresponden a todas aquellas actividades, a través de las cuales, se atienden las necesidades que los administrados requieren para un correcto desarrollo de sus derechos y obligaciones para con el Estado.

Desde esa perspectiva, son servicios públicos administrativos los prestados para el correcto funcionamiento de la administración pública y que en principio deben ser prestados directamente por el Estado y excepcionalmente cuando la ley lo permita, de manera indirecta o de manera asociada con los particulares es decir, mixta.

## **2. Régimen especial de contratación de servicios públicos asistenciales.**

Los servicios públicos asistenciales, son aquellos que se encuentran destinados al cubrimiento de necesidades de carácter social, entre ellos aquellos servicios destinados a la protección y asistencia a la niñez, adolescencia y a las personas de la tercera edad; el servicio público a de la salud; y el de la educación cuya gestión a diferencia de los servicios públicos administrativos puede directa, indirecta o mixta.

Veamos entonces las principales características de cada uno de estos servicios y particularmente en lo que tiene que ver con el régimen de contratación aplicable.

### **2.1 Contrato para la nutrición, protección y asistencia a la niñez, adolescencia y a las personas de la tercera edad.**

La Constitución Política de Colombia en su artículo 44 eleva a la categoría de fundamental los derechos de los menores y la familia, estableciendo que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación

equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”. “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Para la protección de la niñez y la familia, en Colombia fue creado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, mediante la Ley 75 de 1968 “Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, modificado por la Ley 7 de 1979 y el Decreto 1137 de 1999; así mismo, los procesos contractuales del ICBF se sujetará al contenido en la Ley 7a. de 1979 como disposición jurídica central, el Decreto 2388 de 1979, el Decreto 2923 de 1994, el Decreto 2150 de 1995, la Resolución 505 del 21 de marzo de 2007 (Manual de Contratación) y su modificación adoptada mediante la Resolución 1278 de junio 15 de 2007 y demás que la adicionen o modifiquen.

En cuanto al régimen de contratos que suscribe el ICBF con el objeto de prestar los servicios de nutrición, protección y asistencia a la niñez, adolescencia y a las personas de la tercera edad, el Decreto 1137 de 1999 en su artículo 19, establece el régimen de contratación al que esta sometido el ICBF para lograr el cumplimiento de su objeto social. En tal circunstancia, establece que:



El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá celebrar los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar programas y actividades propias de su objeto, en los términos y condiciones en que lo señala el artículo 355 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, por criterios de eficiencia en materia de ejecución presupuestal el ICBF, deberá reglamentar mediante los estatutos de contratación el procedimiento para la adjudicación de estos contratos, de conformidad con el artículo 209 de la constitución nacional y la Ley 489 de 1998, reglamentando los estándares de prestación de servicios, los planes de beneficios propios del sistema de bienestar familiar y sus respectivos costos, los cuales serán elementos fundamentales de referencia para la prestación del servicio por parte de todos los agentes del Sistema, en sus respectivos ámbitos de acción y competencia.

*“La atención nutricional a los escolares en el sector público se inició en Colombia en 1941 mediante la expedición del Decreto 319 del 15 de febrero, por el cual el gobierno fijó pautas para la asignación de aportes de la Nación destinados a la dotación y funcionamiento de los restaurantes escolares, bajo la responsabilidad del Ministerio de Educación Nacional. En 1968 se creó el ICBF y asumió las funciones del Instituto Nacional de Nutrición fundado en 1963, entre las cuales, la ejecución del proyecto de Protección Nutricional y Educación Alimentaria en Escuelas Oficiales de Educación Primaria. Desde entonces y hasta el 2006, los programas de alimentación escolar han funcionado con la orientación, financiación y lineamientos del ICBF para el sector público. Las modalidades de prestación del servicio se han adaptado a las metas de los planes de desarrollo del país y a objetivos de mejoramiento del estado nutricional de los escolares; a partir de 2006 se vincularon directamente con objetivos relacionados con el sistema educativo, como una estrategia para contribuir a incrementar la matrícula, reducir el ausentismo y mejorar la función cognitiva de los escolares.*

El Gobierno Nacional ha expedido una serie de Leyes como la Ley 715 de 200, que asigna a los municipios y distritos del país recursos de transferencia de la Nación, la Ley 1098 de 2006, que adopta el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley 1176 de 2007, que tiene coherencia con la protección de la infancia y adolescencia como el derecho a la alimentación, la salud y la educación, entre otros. Así mismo, se ratifica al ICBF para articular y coordinar el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, establecer los lineamientos que las instituciones deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de manera específica para el Programa de Alimentación Escolar.

El Servicio Público de Bienestar Familiar – SPBF, se presta en el territorio Nacional a través de las instituciones adscritas, vinculadas y propias del Sistema Nacional de Bienestar Familiar- SNBF. El ICBF es prestador del SPBF y es el ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar – SNBF. En este sentido se realizan acciones de coordinación, articulación y gestión, se ejecutan programas y se celebran convenios, contratos de aporte, entre otros, a través de los cuales provee recursos para la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar - SPBF.

*Se entiende por contrato de aporte, cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social los bienes indispensables para brindar el servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del ICBF (Decreto 2388 de 1979 “Por el cual se reglamentan las Leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7ª de 1979”).*

En consecuencia, en cumplimiento de la misión institucional, el Instituto contrata los servicios de atención especializada con el objetivo de asegurar el restablecimiento del ejercicio de derechos mediante acciones que favorezcan el desarrollo humano integral, con

la participación de la familia y la comunidad.

El proceso general de contratación se sustenta en el cumplimiento de la misión institucional, y el valor estimado de los contratos a suscribir está determinado por el proceso previo de programación de metas sociales y financieras, realizado por cada Regional o Seccional del ICBF con base en los techos presupuestales asignados por el Nivel Nacional. No obstante, la identificación de las necesidades a satisfacer, la consideración de las alternativas para satisfacerlas y la definición de la alternativa más conveniente para cada departamento, son responsabilidad del nivel Regional/Seccional ICBF, con la asesoría y línea técnica del Nivel Nacional. En tal sentido, las coberturas específicas a contratar (modalidades de atención, tipos de servicio y cantidad de cupos) las establece cada Regional o Seccional ICBF con base en el análisis de necesidades y oportunidades que se realice para el efecto, teniendo en cuenta la información obtenida en el marco de los Diagnósticos Sociales Situacionales y la validación de las experiencias. Es fundamental resaltar que el análisis de necesidades y oportunidades debe quedar consignado de manera clara y completa en el *“Estudio de conveniencia y oportunidad”* de que trata el Manual de Contratación vigente y según el Concepto 80112 de Mayo 20 de 2008 de la Contraloría General de la República, el cual indica que las entidades estatales tienen la obligación de analizar las condiciones y precios del mercado, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y modo, así como las especificaciones del servicio a contratar.

## **2.2 Contratos de las Instituciones Educativas Públicas.**

En régimen de contratación de las Instituciones educativas, se encuentra regulado en la Ley 115 de 1994 “Por la cual se expide la Ley general de Educación”, y la Ley 715 de 2001

*“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.* Esta última disposición, establece que la prestación del servicio de educación estará a cargo de las instituciones educativas y las define como aquel conjunto de personas y bienes promovidos por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media. Las que no ofrecen la totalidad de dichos grados se denominarán centros educativos y deberán asociarse con otras instituciones con el fin de ofrecer el ciclo de educación básica completa a los estudiantes.

Los órganos de dirección de gobiernos de estas instituciones, se encuentran regulados en el artículo 142 y siguientes de la ley 115 de 1994, los cuales integrarán un Gobierno Escolar conformado por el rector, el Consejo Directivo y el Consejo Académico, estableciendo así mismo las funciones de cada uno de ellos, salvo las del rector o director que se encuentran en el artículo 10 de la Ley 715 de 2001.

Para que estas Instituciones puedan realizar procesos de contratación, lo hacen por medio de los Fondos de Servicios Educativos, regulados en la Ley 715, en los cuales se manejarán los recursos destinados a financiar gastos distintos a los de personal, que faciliten el funcionamiento de la institución, con el propósito de dar certidumbre a los Consejos Directivos acerca de los ingresos que pueden esperar, y facilitarles que ejerzan, con los rectores o directores, la capacidad de orientar el gasto en la forma que mejor cumpla los propósitos del servicio educativo dentro de las circunstancias propias de cada establecimiento.

Los Fondo de Servicios Educativos, son administrados por el rector o director de la Institución educativa, con el respectivo Concejo Directivo, de conformidad con las funciones otorgadas por la ley 715 de 2001 y el Decreto 4791 del 19 de diciembre de 2008 por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 11, 12, 13 y 14 de la Ley 715 de 2001 en relación con el Fondo de Servicios Educativos de los establecimientos educativos estatales. Esta disposición, establece que la administración del fondo comprende las *“acciones de presupuestación, recaudo, conservación, inversión, compromiso, ejecución de sus recursos y rendición de cuentas, entre otras, con sujeción a la reglamentación pertinente y a lo dispuesto por el consejo directivo”* y que la ordenación del gasto corresponde al rector o director rural de la Institución educativa, sin que tal labor implique representación legal, pues tales fondos carecen de personería jurídica por disposición de la misma norma.

En cuanto a la contratación de estos fondos, el numeral 4 del artículo 6° del mismo decreto, establece que los rectores o directores rurales en relación con los fondos le compete: *“Celebrar los contratos, suscribir los actos administrativos y ordenar los gastos con cargo a los recursos del Fondo de Servicios Educativos, de acuerdo con el flujo de caja y el plan operativo de la respectiva vigencia fiscal, previa disponibilidad presupuestal y de tesorería”*.

Ahora bien, los administradores de estos fondos sólo podrán utilizarlos de conformidad con lo establecido en la Ley 715 sobre la materia, e igualmente lo dispuesto en el artículo 11 del decreto 4791 de 2008, en tal sentido, sólo podrán contratar lo siguiente.

*Utilización de los recursos. Los recursos sólo pueden utilizarse en los siguientes conceptos, siempre que guarden estricta relación con el Proyecto Educativo Institucional:*

1. *Dotaciones pedagógicas del establecimiento educativo tales como mobiliario, textos, libros, materiales didácticos y audiovisuales, licencias de productos informáticos y adquisición de derechos de propiedad*

*intelectual.*

*2. Mantenimiento, conservación, reparación, mejoramiento y adecuación de los bienes muebles e inmuebles del establecimiento educativo, y adquisición de repuestos y accesorios. Las obras que impliquen modificación de la infraestructura del establecimiento educativo estatal deben contar con estudio técnico y aprobación previa de la entidad territorial certificada respectiva.*

*3. Adquisición de los bienes de consumo duradero que deban inventariarse y estén destinados a la producción de otros bienes y servicios, como muebles, herramientas y enseres, equipo de oficina, de labranza, cafetería, mecánico y automotor.*

*4. Adquisición de bienes de consumo final que no son objeto de devolución, como papel y útiles de escritorio, elementos de aseo, cafetería, medicinas y materiales desechables de laboratorio, gas, carbón, o cualquier otro combustible necesario para el establecimiento educativo.*

*5. Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles necesarios para el funcionamiento del establecimiento educativo.*

*6. Adquisición de impresos y publicaciones.*

*7. Pago de servicios públicos domiciliarios, telefonía móvil e Internet, en las condiciones fijadas por la entidad territorial.*

*8. Pago de primas por seguros que se adquieran para amparar los bienes del establecimiento educativo cuando no estén amparadas por la entidad territorial certificada respectiva, así como las primas por la expedición de las pólizas de manejo que sean obligatorias.*

*9. Gastos de viaje de los educandos tales como transporte, hospedaje y manutención, cuando sean aprobados por el consejo directivo de conformidad con el reglamento interno de la institución. Los costos que deban asumirse por tal concepto podrán incluir los gastos del docente acompañante, siempre y cuando la comisión otorgada por la entidad territorial no haya generado el pago de viáticos.*

*10. Sufragar los costos destinados al sostenimiento de semovientes y proyectos pedagógicos productivos.*

*11. Contratación de servicios técnicos y profesionales prestados para una gestión específica y temporal en desarrollo de actividades diferentes a las educativas, cuando no sean atendidas por personal de planta. Estos contratos requerirán la autorización del consejo directivo del establecimiento educativo y se rigen por las normas y principios de la contratación estatal. En ningún caso podrán celebrarse contratos de trabajo, ni estipularse obligaciones propias de las relaciones laborales tales como subordinación, cumplimiento de jornada laboral o pago de salarios. En todo caso, los recursos del Fondo de Servicios Educativos no podrán destinarse al pago de acreencias laborales de ningún orden.*

*12. Realización de actividades pedagógicas, científicas, deportivas y culturales para los educandos, en las cuantías autorizadas por el consejo directivo.*

*13. Inscripción y participación de los educandos en competencias deportivas, culturales, pedagógicas y científicas de orden local, regional, nacional o internacional, previa aprobación del consejo directivo.*

*14. Acciones de mejoramiento de la gestión escolar y académica enmarcada en los planes de mejoramiento institucional.*

*Parágrafo 1°. Las adquisiciones a que hacen referencia los numerales 1, 3, 4 y 5 se harán con sujeción al*

*programa general de compras debidamente aprobado por el consejo directivo y de conformidad con las normas que rigen la materia.*

Por otro lado, a los rectores o directores rurales se les prohíbe contratar con cargo a los recursos del Fondo de Servicios Educativos, 1. Otorgar donaciones y subsidios con cargo a los recursos del Fondo de Servicios Educativos. 2. Reconocer o financiar gastos inherentes a la administración de personal, tales como viáticos, pasajes, gastos de viaje, desplazamiento y demás, independientemente de la denominación que se le dé, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 11 de presente decreto. 3. Contratar servicios de aseo y vigilancia del establecimiento educativo.

En cuanto el régimen contractual en particular, los Fondos deben contratar los bienes y servicios anteriormente señalados, teniendo en cuenta que para la celebración de contratos a que haya lugar con recursos del Fondo de Servicios Educativos, debe realizarse con estricta sujeción a lo dispuesto en el estatuto contractual de la administración pública, cuando supere la cuantía de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cuantía es inferior a los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes se deben seguir los procedimientos establecidos en el reglamento expedido por el consejo directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 715 de 2001, y en todo caso siguiendo los principios de transparencia, economía, publicidad, y responsabilidad, de conformidad con los postulados de la función administrativa.

Cuando un particular destine bienes o servicios para provecho directo de la comunidad educativa, debe realizarse un contrato entre este y el rector o director rural, previa autorización del consejo directivo, en el cual se señale la destinación del bien y la



transferencia o no de la propiedad. Este contrato se registrará por las normas del Código Civil. Si se adquieren obligaciones pecuniarias en virtud de tales contratos, estas deben ser de tal clase que se puedan cumplir dentro de las reglas propias de los gastos del fondo.

### **2.3 Contrato de las Universidades e instituciones públicas de educación superior.**

La Constitución Política de 1991, estableció en su artículo 69 que las universidades gozarán de autonomía y que en garantía de la misma, estas podían regirse por sus propios reglamentos y establecer sus directivas. La autonomía universitaria, consagrada en la constitución nacional, es reconocida por la ley 30 de 1992 *“por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”*, la cual establece que se *“reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”*.

En virtud de esta autonomía, las instituciones públicas de educación superior podrán establecer su propio régimen de contratación, con observancia de los principios constitucionales que rigen la función pública.

Para analizar correctamente el régimen contractual de las universidades públicas, es pertinentes tener en cuenta dos situaciones: la primera cuando el ente universitario actúa como contratante y la segunda, cuando actúa como contratista del Estado.

Cuando las Universidades públicas actúan como contratantes, la ley en concordancia con la

constitución como bien se dijo anteriormente, les otorgo autonomía para que regulen sus propios procesos. Esto es así, porque no podría el legislador regular la contratación de los entes universitarios en el estatuto general para todas las entidades del estado, debido a que esto violaría la autonomía universitaria.

La segunda hipótesis, se presenta cuando las universidades actúan como contratistas y en tal virtud estas están sujetas al régimen contractual de la entidad contratante. Así, si es una empresa privada con la que contratan estarán sometidas al régimen contractual del derecho priva, y si las universidades pretenden celebrar contratos con otras entidades públicas como contratistas, se debe tener presente las siguientes reglas introducidas por la Ley 1150 de 2007, que modificó la Ley 80 de 1993, y en especial al régimen al que deben someterse las universidades públicas, cuando quieran contratar con una entidad del Estado.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007, a las universidades públicas se le permitía celebrar cualquier tipo de contratos con las demás entidades del Estado en calidad de ejecutoras, mediante la modalidad de convenios inter-administrativos de manera directa, de esta manera era común que las universidades resultaran ejecutando un contrato de obra mediante la celebración de este tipo de convenios. Por lo anterior, la ley 1150 de 2007, mediante el literal “c” del numeral 4º del artículo segundo, exceptuó de la celebración de convenios inter-administración como causal de contratación directa, a la universidades públicas con el objeto de los contratos sean de obra, fiducia pública y encargo fiduciario, para tales efectos, estas instituciones deberán participar en igualdad de condiciones con los particulares para los procesos de selección de licitación pública y selección abreviada.

Sin embargo, la modificación introducida por la Ley 1150 a la Ley 80 de 1993, dejó abierta la posibilidad para las Universidades e instituciones públicas de educación superior, de

poder celebrar directamente, mediante convenios inter-administrativos, los contratos cuyo proceso de selección se el concurso de méritos para escoger consultores o proyectos, siempre y cuando, las obligaciones del contrato tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora; de esta manera, se exige que la universidades públicas cuentan con facultades que se relacionen con el objeto del contrato.

No obstante, debemos hacer precisión en que para la escogencia de los interventores la ley 80 de 1993, ha establecido que siempre que el contrato objeto de la interventoría se haya adjudicado mediante licitación pública, el interventor deberá escogerse por concurso de méritos.

#### **2.4. Régimen especial de los contratos del sistema de seguridad social en salud.**

Ante de tratar lo atinente a la regulación contractual estatal para la seguridad social en salud, es pertinente empezar por hacer una aproximación conceptual de aquello que comprende la seguridad social y en especial la de salud.

La seguridad social, no es más que una herramienta de protección del Estado como colectividad contra determinadas necesidades sociales, como son la salud, las pensiones y la protección contra los riesgos a que están sometidos los ciudadanos en vida laboral.

En una primera aproximación a lo que seguridad social, el profesor Gerardo Arenas Monsalve, explica que “la seguridad social, es un instrumento de satisfacción de las necesidades sociales surgido de la capacidad de previsión del individuo y de la solidaridad como valor social, pero no es un mecanismo que pretenda reemplazar el esfuerzo

individual en la búsqueda de la solución de estas necesidades”.

Para la satisfacción de las necesidades sociales la colectividad se ha valido de diverso instrumentos, de los cuales Señala el profesor ARENAS MONSALVE, que “la satisfacción más precaria de las necesidades sociales es la que proporciona *la asistencia*, esto es, las medidas asistenciales o caritativas que suministran unos individuos a otros. La asistencia tiene una modalidad familiar y una privada y, llega hasta la noción de asistencia pública. Superando la asistencia, la satisfacción de necesidades sociales pasa por *la previsión*, lo que supone la capacidad del hombre de *prever* o ver anticipadamente las necesidades para encontrarles solución. El mecanismo de previsión individual por excelencia es el *ahorro* y los mecanismos de previsión colectiva son el *mutualismo* y el *seguro privado*”. De donde, siguiendo con las explicaciones del profesor ARENAS, surge el seguro social con una intervención directa del Estado y de cuyas imperfecciones surge la seguridad social “*como el mejor elemento que se haya ideado para brindar soluciones a las necesidades sociales*”.

La seguridad social ha sido reconocida como un derecho a nivel internacional y nacional, y en consecuencia, nuestra Constitución Nacional de 1991 así lo ha previsto y en virtud de la cual en el año 1993 se introdujeron cambios en el sistema general de seguridad social. A partir de la nueva regulación constitucional, se estableció como un derecho social, económico y cultural en el inciso segundo del artículo 48, *Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social*, cuyas características principal es que se establece como un derecho de responsabilidad estatal (art. 49 C.N.), de rango constitucional, irrenunciable, de carácter general y por tanto exigible por todos los habitantes por los medios administrativos o judiciales.

La misma disposición constitucional, establece que “*la Seguridad Social es un servicio público de*

*carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley*". La seguridad social al ser un servicio público, el Estado en virtud de del artículo 365 constitucional, "*Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional*". Pero a diferencia de los demás servicios públicos, el de la seguridad social tiene dos características esenciales y diferenciales a los demás servicios públicos; la obligatoriedad y la irrenunciabilidad.

Para esos efectos, la Constitución señala expresamente en el primer inciso del artículo 48, que el servicio público a la seguridad social es de carácter obligatorio, para luego en el inciso segundo establecer su carácter de irrenunciable. El carácter obligatorio de la seguridad social, es para aquella parte de la población que la ley determine, con el fin de que la prestación del servicio sea efectiva y se alcancen las metas de cobertura propuestas por el gobierno para los respectivos periodos, garantizando al mismo tiempo la prestación de un servicio público que tiene la connotación de un derecho.

Por su parte la irrenunciabilidad del servicio público de la seguridad social, se desprende por la consagración en la constitución como un derecho, y por tanto los ciudadanos no son libres de decidir si se acogen o no al sistema, toda vez que para que el Estado pueda garantizar la prestación del servicio sea directamente o por intermedio del sector privado requiere que no exista voluntad de los ciudadanos en la vinculación; sin embargo, el Estado si debe garantizar en virtud de la obligatoriedad e irrenunciabilidad a la vinculación del sistema de seguridad social, la libertad de escogencia de la población a los diferentes entidades promotoras del sistema.

En tratándose de la seguridad social en salud, la Ley 100 de 1993, ha establecido la forma

de participación de las personas al sistema general de seguridad social en salud; para el efecto, ha dispuesto que *“todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados”* (art. 157, Ley 100 de 1993).

De otro lado, el sistemas de seguridad social y en especial el de salud, el cual nos proponemos estudiar en este aparte, para su eficaz funcionamiento y garantizar que la prestación de servicios se cumpla con observancia de los principios establecidos en la constitución, es necesario los aportes dinerarios para tales fines teniendo en cuenta los distintos regímenes de prestación del servicio de seguridad social en salud, que provienen de las aportes que los particulares hacen para el régimen contributivo; y para el régimen subsidiado y vinculado de los aportes del Estado y de los aportes de los particulares afiliados al sistema que hacen en virtud del principio de solidaridad. De esta manera, el artículo 201 de la Ley 100 de 1993, establece que *“el sistema general de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías”*.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los aportes que los particulares hacen para el sistema de seguridad social en salud, la Corte Constitucional ha establecido:

*Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. Los recursos provenientes de la cotización de*

*seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud. La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, reúne los requisitos de una típica contribución parafiscal. Sin embargo, esta contribución corresponde al aporte de que trata el artículo 49 de la Carta, ya que se destina, precisamente, a financiar el servicio público de salud, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.*

Por el contrario, para atender la demanda en la prestación de los servicios de seguridad social en salud para el régimen subsidiado, que se financia de los recursos destinados por el gobierno nacional a través del sistema general de participaciones, producto del acto legislativo 01 de 2001, desarrollado por la ley 715 de 2001, regulatorio del sistema general de participaciones dentro del cual se regula el gasto en salud; además de los aportes que en virtud del principio de solidaridad hacen los afiliados del régimen contributivo al subsidiado destinados al Fondo de Solidaridad y Garantía, (Fosyga). Es así, como para cada uno de los dos regímenes de afiliación al sistema hay una encontramos distinta forma de contratación, teniendo en cuenta que la contratación en salud del régimen subsidiado es la que mas relevancia cobra en este estudio por la cantidad de recursos públicos destinados para atender las necesidades en salud del régimen subsidiado y la carencia de medios eficaces de control sobre los contratos suscritos por los entes territoriales y el régimen jurídico aplicable a los mismos.

#### **2.4.1. Del régimen contributivo del sistema de seguridad social en salud.**

Lo que debemos decir desde un principio, es que para la promoción, prestación y administración de los recursos del sistema general de salud del régimen contributivo no se

suscribe contrato estatal alguno; es decir, no se compromete recursos públicos. Lo que se presenta aquí, no es más que la prestación de un servicio público a cargo del Estado pero prestado por empresas privadas, públicas o mixtas

No obstante lo anterior, es pertinente, a efectos de hacer un estudio integral de los contratos que se realizan con ocasión de la prestación del servicio público en salud, hacer referencia al régimen contributivo como forma de prestación del servicio, en sus aspectos más importante.

De conformidad con lo anterior, la Ley 100 de 1993, en su artículo 202, define el régimen contributivo como aquel *“conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”*, y las personas que pertenecen a este régimen lo son de forma obligatoria y están definidas en el literal “a”, numeral primero del artículo 157 de la misma ley y corresponden a las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Para la sostenibilidad del régimen, la ley ha dispuesto tres fuentes distintas de financiación; las provenientes de los aporte obligatorios de los afiliados al régimen contributivo, pero que cuyos aportes no ingresan a formar parte del patrimonio de la EPS, sino que son transferidos al Fosyga y después compensados por este a todas las EPS que administran el régimen contributivo tal como lo explicaremos en aparte dedicado a las EPS de este mismo capítulo; igualmente, el sistema para el régimen contributivo es financiado de los pagos generados por las “planes adicionales de salud”, dispuestos en el artículo 169 de la Ley 100



de 1993, reglamentado por el Decreto 806 de 1998, que estableció tres tipos de planes adicionales, los planes complementarios, los planes de medicina prepagada y las pólizas de salud, cuya responsabilidad es del afiliado y los recursos son propiedad de la EPS; y por último, los pagos moderados o cuotas moderadoras.

Ahora bien, en cuanto a los aportes obligatorios de los afiliados al régimen contributivo existe una cuantía para la cotización, la cual fue fijada por la Ley 100 de 1993 en el artículo 204, pero que posteriormente fue modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007 de la siguiente manera:

*“La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado. Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%)”.*

Para calcular el monto de la cotización, la ley 100, establece que la base para calcularlo será el salario mensual del trabajador que para el caso de los particulares será el que establece el código sustantivo del trabajo en los artículos 127 a 130, sobre el concepto de salario; para

los servidores del sector público será el establecido por el gobierno teniendo en cuenta lo establecido en la ley 4 de 1992.

Así mismo, establece la norma que para calcular la cotización de aquellos trabajadores que devenguen salario integral, la base para calcular la cotización será el 70% de dicho salario. Subsiguientemente, se establece que el salario base para calcular el monto de la cotización no puede ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente.

Para el caso de las personas independientes contratistas de prestación de servicios la Ley 1122 de 2007, establece que estos cotizarán al Sistema General de Seguridad Social en Salud el porcentaje obligatorio para salud sobre una base de la cotización máxima de un 40% del valor mensualizado del contrato, al tiempo que establece la posibilidad que el contratista autorice a la entidad contratante el descuento y pago de la cotización sin que por este hecho se genere relación laboral.

Para los aportes obligatorios al sistema la Ley 100 de 1993, estableció la obligación a los empleadores de pagar los aportes de los trabajadores a su servicio, para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno. Advirtiéndole que el empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador. (Art. 22, Ley 100 de 1993).

En cuanto a la administración del sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo, está encomendada a la EPS, las cuales son las encargadas de recibir las

cotizaciones de los afiliados, pero como se dijo anteriormente, estos no ingresan directamente a formar parte del patrimonio de la respectiva entidad, sino que todos los aportes obligatorios al régimen contributivo forman parte del sistema general de seguridad social en salud, que específicamente los administra el Fosyga mediante la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo con base en el valor establecido por Comisión de Regulación en Salud (CRES) para la *unidad de pago por capitación* UPC, como unidad de medida que garantiza la solidaridad del sistema.

Por último, a las EPS del régimen contributivo la Ley 100 de 1993, en los artículo 177 y 179, les establece por un lado que su función básica será organizar y garantizar, *directa o indirectamente*, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (se subraya), y subsecuentemente al determinar el campo de acción de las EPS, establece que para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud *prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales*. (Se Subraya), de donde se establece una relación directa con las Instituciones Prestadores de salud IPS, la cual se da de dos formas:

La primera, cuando las EPS las prestan directamente y en consecuencia ellas serán propietarias de las IPS asistenciales para garantizar la prestación del Plan obligatorio de Salud de conformidad con la Ley. No obstante, para estos eventos la ley 100 de 1993, ha establecido que *“cuando una institución prestadora de servicios de salud sea de propiedad de una entidad promotora de salud, la primera tendrá autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantice un servicio más eficiente. Tal autonomía se establecerá de una manera gradual y progresiva, en los términos en que lo establezca el reglamento”*.

Para el segundo evento; es decir, cuando la EPS preste el servicio indirectamente la Ley

100 de 1993, estableció en el numeral 4° del artículo 178, que las EPS deben “definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las instituciones prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia”.

No obstante lo anterior, con el fin de evitar el monopolio y el abuso de la posición dominante en el prestación del servicio de salud, la reforma introducida a la Ley 100 de 1993, mediante la Ley 1122 de 2007, estableció en el artículo 15 que “Las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud”. La norma anterior, también garantiza que las EPS, ofrezcan a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, prevista en el artículo 179 de la Ley 100 de 1993.

#### **2.4.2. Del régimen subsidiado de seguridad social en salud y de los contratos para la prestación del servicio.**

El régimen subsidiado de seguridad social en salud es definido por la ley 100 de 1993, como un *“conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley”*, cuyo propósito es *“financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar”*.

Las personas con derecho a la afiliación al régimen subsidiado en concordancia con el literal “a” numeral 2 del artículo 157 de la ley 100, serán *“las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago”*.

No obstante, la Ley 1122 de 2007, ha definido nuevos criterios para pertenecer al régimen subsidiado de seguridad social en salud:

- Se beneficiarán con subsidio total o pleno en el Régimen Subsidiado, las personas pobres y vulnerables clasificadas en los niveles I y II del Sisbén o del instrumento que lo remplace, siempre y cuando no estén en el régimen contributivo o deban estar en él o en otros regímenes especiales y de excepción.

- Se promoverá la afiliación de las personas que pierdan la calidad de cotizantes o beneficiarios del régimen contributivo y que pertenezcan a los niveles I y II del Sisbén.

- La ampliación de cobertura con subsidios parciales a nivel municipal se hará una vez se haya logrado una cobertura del 90% al régimen subsidiado de los niveles I y II del Sisbén y aplicará únicamente para personas clasificadas en el nivel III del

Sisbén. Tendrán prioridad quienes hayan perdido su afiliación al régimen contributivo, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Ministerio de la Protección Social.

-Los beneficiarios del nivel III del Sisbén que estén afiliados al Régimen Subsidiado mediante subsidios totales o parciales al momento de la entrada en vigencia de la presente ley y que hayan recibido su carné de régimen subsidiado de acuerdo a las reglas vigentes en el momento de la carnetización, mantendrán su condición siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para ser beneficiarios.

-El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos e incentivos para promover que la población del nivel III del Sisbén pueda, mediante los aportes complementarios al subsidio parcial, afiliarse al régimen contributivo o recibir los beneficios plenos del régimen subsidiado. La UPC de los subsidios parciales no podrá ser inferior al 50% del valor de la UPC-S.

En cuanto a la financiación del régimen subsidiado la nueva regulación contenida en el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el artículo 214 de la ley 100 de 1993, estableciendo tres fuentes de financiación a saber:

**-Recursos de los entes territoriales:** Los entes territoriales participan con la financiación al régimen contributivo con cuatro fuentes diferentes:

Los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud SGP-S. Se destinarán previo concepto del Conpes, y en una forma progresiva al Régimen Subsidiado en Salud: En el año 2007 el 56%, en el año 2008 el 61% y a partir del año 2009 el

65%, porcentaje que no podrá ser superado. El porcentaje restante se destinará, de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para financiar la atención de la población pobre no asegurada, las actividades no cubiertas por subsidio a la demanda y a las acciones en salud pública.

Sobre el SGP la ley 715 de 2001, establece en el artículo 4º que los recursos del SGP se distribuirán de la siguiente manera: “El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 715 y los parágrafos transitorios 2º y 3º del artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2007, se distribuirá entre las participaciones mencionadas en el artículo 3º de la Ley 715, así: 1. Un 58.5% corresponderá a la participación para educación. 2. Un 24.5% corresponderá a la participación para salud. 3. Un 5.4% corresponderá a la participación para agua potable y saneamiento básico. 4. Un 11.6% corresponderá a la participación de propósito general”.

Así mismo, la Ley 1122, ha dispuesto que “los recursos del Sistema General de Participaciones en salud se destinarán a financiar los gastos de salud, en los siguientes componentes: 1. Financiación o cofinanciación de subsidios a la demanda, de manera progresiva hasta lograr y sostener la cobertura total. 2. Prestación del servicio de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda. 3. Acciones de salud pública, definidos como prioritarios para el país por el Ministerio de Salud.”

“Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar y los recursos transferidos por ETESA a las entidades territoriales, que no estén asignados por ley a pensiones, funcionamiento e investigación. Los monopolios de juego suerte y azar se encuentran regulados por la Ley 643 de 2001”.

“Del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinará por lo menos el 25% a la financiación del régimen subsidiado o el porcentaje que a la entrada en vigencia de la presente ley estén asignando, si este es mayor. Estos recursos se contabilizarán como esfuerzo propio territorial. Para los años 2007 y 2008 se mantendrá en pesos constantes el monto de los recursos de rentas cedidas asignados al régimen subsidiado en la vigencia 2006”.

“Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del régimen subsidiado”, los cuales deben estar garantizados permanentemente.

**De los recurso del Fondo de Solidaridad y Garantía. (Fosyga):** El Fondo de Seguridad y Garantía, fue creado mediante la Ley 100, “como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia”, que tendrá las siguientes subcuentas independientes:

- a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud, y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta ley.

El artículo 220 de la Ley 100 de 1993, establece que la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo, se financiará con los recursos de la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las unidades de pago por capitación, UPC, que le serán reconocidos por el sistema a cada entidad promotora de salud. Así mismo, establece la norma que las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las unidades de pago por capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en



las que aquéllos sean menores que las últimas.

La subcuenta de Solidaridad del Fosyga, contará con los siguientes recursos:

- a) Un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, según lo dispuesto en el artículo 203. Esta cotización será girada por cada entidad promotora de salud directamente a la subcuenta de solidaridad del fondo;
- b) El monto que las cajas de compensación familiar, de conformidad con el artículo 217 de la ley 100, destinen a los subsidios de salud;
- c) Un aporte del presupuesto nacional de la siguiente forma:
  - 1. En los años 1994, 1995 y 1996 no deberán ser inferiores a los recursos generados por concepto de los literales a) y b).
- d) Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos;
- e) Los rendimientos financieros de la inversión de los ingresos derivados de la enajenación de las acciones y participaciones de la Nación en las empresas públicas o mixtas que se destinen a este fin por el Conpes;
- f) Los recursos provenientes del impuesto de remesas de utilidades de empresas petroleras correspondientes a la producción de la zona Cusiana y Cupiagua. Estos recursos se deducirán de la base de cálculo de los ingresos corrientes a que hace referencia la Ley 60 de 1993, y

g) Los recursos del IVA social destinados a los planes de ampliación de la cobertura de seguridad social a las madres comunitarias del ICBF de que trata la Ley 6ª de 1992”.

Los anteriores recursos por disposición de la misma ley 100, se destinarán a cofinanciar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables, los cuales se transferirán, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto adopte el Gobierno Nacional, a la cuenta especial que deberá establecerse en los fondos seccionales, distritales y locales para el manejo de los subsidios en salud.

La subcuenta de promoción de la salud, es utilizada para la financiación de actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, y para el efecto, “el consejo nacional de seguridad social en salud definirá el porcentaje del total de los recaudos por cotización de que trata el artículo 204 que se destinará a este fin, el cual no podrá ser superior a un punto de la cotización del régimen contributivo de que trata el artículo 204 de la presente ley. Estos recursos serán complementarios de las apropiaciones que haga el Ministerio de Salud para tal efecto. Estos recursos se podrán destinar al pago de las actividades que realicen las entidades promotoras de salud y que el consejo nacional de seguridad social en salud considere son las que mayor impacto tienen en la prevención de enfermedades. (Art. 222 Ley 100 de 1993)

Para la financiación de la subcuenta de enfermedades catastróficas y accidentes de tránsito, el cubrimiento de las enfermedades catastróficas definidas en el artículo 166 de la ley 100 se financiará de la siguiente forma:

a) Los recursos del Fonsat, creado por el Decreto-Ley 1032 de 1991, de conformidad con la presente ley;

b) Una contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el seguro obligatorio de accidente de tránsito, que se cobrará en adición a ella, y

c) Cuando se extinga el fondo de solidaridad y emergencia social de la Presidencia de la República, los aportes presupuestales de este fondo para las víctimas del terrorismo se trasladarán al fondo de solidaridad y garantía.

Pero aclara la norma que estos recursos serán complementarios a los recursos que para la atención hospitalaria de las urgencias destinen las entidades territoriales.

Por último, la Ley 100 crea un impuesto con destino al financiamiento de la subcuenta de solidaridad; el *impuesto social a las armas y municiones*, que empezará a regir a partir del 1° de enero de 1996, y será pagado por quienes las porten en el territorio nacional, y que será cobrado con la expedición o renovación del respectivo permiso y por el término de éste. El recaudo de este impuesto se destinará al fondo de solidaridad previsto en el artículo 221 de esta ley. El impuesto tendrá un monto equivalente al 10% de un salario mínimo mensual. Igualmente, se crea el impuesto social a las municiones y explosivos, que se cobrará como un impuesto ad valorem con una tasa del 5%. El gobierno reglamentará los mecanismos de pago y el uso de estos recursos: el plan de beneficios, los beneficiarios y los procedimientos necesarios para su operación. De este impuesto quedan exceptuadas las armas de fuego y municiones y explosivos que posean las fuerzas armadas y de policía y las entidades de seguridad del Estado.

**De los recursos de otras fuentes:** La Ley 1127, establece como otras fuentes de financiación para el régimen subsidiado, los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones; Los rendimientos financieros que produzcan

las diferentes fuentes que financian el régimen subsidiado; El 15% de los recursos adicionales que a partir de 2007 reciban los municipios, distritos y departamentos como participación y transferencias por concepto de impuesto de rentas sobre la producción de las empresas de la industria petrolera causada en la zona de Cupiagua y Cusiana; Los recursos que aporten los afiliados que tienen derecho a subsidio parcial y que quieran optar al subsidio pleno o al POS del régimen contributivo.

Para empezar a tratar lo referente a la contratación con cargo a los recursos del sistema integral de seguridad social en salud del régimen subsidiado, hay que tener en cuenta que estos son contratos atípicos regulados por la Ley 100, que comportan un gran negocio y que permitió la creación de las empresas administradoras del régimen subsidiado, que de conformidad con la modificación de la ley 1122 de 2007, pasaron a ser Empresas Prestadoras de Salud del Régimen Subsidiado EPS-RS.

El tipo de vinculación que tienen estas empresas con las entidades territoriales, es de carácter contractual, de tal manera que los entes territoriales contratarán con las EPS del régimen subsidiado la administración de dichos recursos tal como fue previsto en el artículo 156 literal “o” de la Ley 100 de 1993: *“Las entidades territoriales celebrarán convenios con las entidades promotoras de salud para la administración de la prestación de los servicios de salud propios del régimen subsidiado de que trata la presente ley. Se financiarán con cargo a los recursos destinados al sector salud en cada entidad territorial, bien se trate de recursos cedidos, participaciones o propios, o de los recursos previstos para el fondo de solidaridad y garantía. Corresponde a los particulares aportar en proporción a su capacidad socioeconómica en los términos y bajo las condiciones previstas en la presente ley”.*

En esencia el contrato que se suscribe entre los entes territoriales y las EPS-RS, es un contrato de administración de recursos del régimen subsidiado, en donde las EPS, se

encargan principalmente de promover la afiliación del mayor número de ciudadanos que deban afiliarse al sistema, toda vez que del número de afiliados dependerá la celebración de los contratos de administración del régimen subsidiado en salud, de donde igualmente, se determinará el valor del respectivo contrato con la EPS. De ésta manera, es posible determinar el valor del contrato, el cual es determinable de conformidad con el valor de cada Unidad de Pago por Capitación UPC, que se fija por el gobierno para cada año, multiplicado por el número de cupos de cada EPS-RS.

Es así como *“las entidades territoriales contratan con las EPS-RS la administración de los recursos del régimen subsidiado conforme al cupo autorizado por el gobierno nacional, tal como lo establecen el artículo 156 literal “o” de la ley 100 de 1993, que no fue modificado por la Ley 1122 del 2007”*.

El proceso de selección de las EPS-RS, se encontraba regulado por los artículos 13, 14 y 15 del Decreto 2357 de 1995, que posteriormente fueron derogados por el Decreto 574 de 2003, sin que esta última disposición se encargara de reglamentar nuevamente dicho proceso de selección. De tal manera, que el régimen jurídico aplicable a la selección de las EPS-RS, *“se infiere que se encuentra supeditado a las reglas de libre comercio”*.

Dentro las obligaciones principales de las EPS, para la prestación del servicio de salud subsidiado de conformidad con lo establecido por el decreto 1804 de 1999 las siguientes:

Artículo 4º. Obligaciones de las entidades administradoras del régimen subsidiado. Son obligaciones de las entidades administradoras del régimen subsidiado, las siguientes, conforme las disposiciones vigentes:

1. Promover la afiliación de la población beneficiaria del régimen subsidiado, garantizando la libre elección por parte del beneficiario.

2. Afiliar a la población beneficiaria de subsidios y entregar el carné correspondiente que lo acredita como afiliado, en los términos fijados por las normas vigentes.
3. Administrar el riesgo en salud de sus afiliados, como aseguradoras y administradoras que son, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, evitando en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas.
4. Informar al beneficiario sobre aquellos aspectos relacionados con el contenido del POS-S, procedimientos para la inscripción, redes de servicios con que cuenta, deberes y derechos dentro del SGSSS, así como el valor de las cuotas moderadoras y copagos que debe pagar.
5. Organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes. Con este propósito gestionarán y coordinarán la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras de servicios y con profesionales de salud, implementarán sistemas de control de costos; informarán y educarán a los usuarios para el uso racional del sistema; establecerán procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud.
6. Asegurar los riesgos derivados de la atención de enfermedades de alto costo, calificadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social, de acuerdo con las condiciones señaladas en el presente decreto.

7. Suministrar oportunamente a las Direcciones de Salud la información relacionada con sus afiliados y verificar en el momento de la afiliación que estas personas se encuentran dentro de la población prioritaria para la asignación de subsidios, conforme los listados entregados por las entidades territoriales.

8. Establecer el sistema de administración financiera de los recursos provenientes del subsidio a la demanda.

9. Organizar estrategias destinadas a proteger la salud de sus beneficiarios que incluya las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, tratamiento y rehabilitación dentro de los parámetros de calidad y eficiencia.

10. Informar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de Salud, a las entidades territoriales y demás autoridades correspondientes las irregularidades que se presenten en la operación del régimen subsidiado, en especial aquellos aspectos relacionados con los procesos de identificación, afiliación, carnetización de los beneficiarios de subsidios y deficiencia en la red prestadora de servicios, independientemente de las acciones internas que adelante para establecer las responsabilidades personales o institucionales y para la adopción de los correctivos correspondientes.

11. Cumplir con las disposiciones legales y las contenidas en el presente decreto.

#### **2.4.3. Del régimen vinculado del sistema de seguridad social en salud.**

Para garantizar el acceso al derecho a la salud a todos los colombianos y de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en donde ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Así mismo, ha expresado que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura. Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la dignidad humana, (...) elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.

La Corte Constitucional ha expresado que *“toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud, depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al Sistema de Salud”*.

En los anteriores términos, a todos los colombianos se nos debe garantizar la prestación del servicio de salud, de tal manera que en aquellos casos en donde la población carezca de los medios para acceder a ellos, es el estado quien debe garantizar tal derecho considerado como fundamental y por tanto objeto de protección por las autoridades públicas. Es así como, la ley se ha encargado de regular aquellos casos en los cuales la población no cuenta con los medios para acceder al sistema general de seguridad social en salud. Consecuente con lo anterior, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, establece que los colombianos



participaran del sistema general de seguridad social en salud, unos en condición de afiliados al régimen contributivo y subsidiado y los otros lo harán de manera temporal participando como vinculados al sistema. Para tales efectos, el literal “B” de la misma disposición ha establecido que *“los participantes vinculados son aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”*.

Las personas que participan del régimen vinculado son los siguientes:

1. Población identificada en nivel 1, 2 y 3 SISBEN NO afiliada a una EPS-S
2. Afiliados a EPS-S para eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado.
3. Población especial NO afiliada al Régimen Subsidiado: indígenas, indigentes, menores en protección, desmovilizados y/o reincorporados, inimputables, población desplazada y pueblo ROM (gitanos). De esta población hacen parte estos grupos sociales que por sus diversas condiciones culturales, jurídicas y económicas, ingresan al SGSSS por listado censal como población especial.

Bajo esta condición, la población especial pasa a ser población especial vinculada. Si al momento de demandar el servicio de salud que no aparece en las bases de datos del Régimen Subsidiado podrá ser atendida provisionalmente con el formato CARTA DE SALUD, expedida por la entidad que le corresponda, de acuerdo con su condición.

Por otro lado, a la población perteneciente al régimen vinculado se le otorga el derecho a gozar de acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad; diagnóstico,

tratamiento y rehabilitación de la enfermedad en sus diferentes niveles de complejidad; suministro de medicamentos; atención inicial en el servicio de urgencias, en cualquier lugar del país y al atención por enfermedades de alto costo.

#### **2.4.4. Las Entidades Promotoras de Salud - EPS como instituciones aseguradoras contratantes.**

La reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre las cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, el artículo 333 de la Constitución Política establece que *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.”* Y agrega que *“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*.

De la anterior norma se puede inferir que la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas.

Así de esta manera, tenemos que el modelo económico y jurídico sobre el cual se estructuró el sistema de salud en Colombia fue denominado “pluralismo estructurado”, entendiendo que *“el modelo de pluralismo estructurado aplicado en Colombia considera, en primer lugar, que el*

*abordaje a los sistemas de salud no debe hacerse como una mera colección de instituciones, sino que debe hacerse como un conjunto de relaciones estructuradas entre dos componentes: la población y las instituciones. A su vez, los distintos grupos poblacionales presentan una serie de condiciones que constituyen las necesidades de salud, las cuales a su turno requieren una respuesta social organizada por parte de las instituciones.*

*En cada sistema, la respuesta se estructura a través de ciertas funciones básicas que las instituciones deben desempeñar a fin de satisfacer las necesidades de salud; dichas funciones son las de producción, o generación de recursos, la modulación de sistemas, el financiamiento, la articulación, la prestación del servicio, a partir de las funciones básicas de modulación, financiamiento y articulación”.*

Mediante el fomento de la libertad de empresa, la libertad de competencia, y la libre elección, en cuyo sistema el usuario tiene la potestad de elegir entre las distintas entidades encargadas del aseguramiento en salud y de aquellas encargadas de la prestación del servicio de salud. De donde cobra gran importancia la incorporación al sistema del sector privado asegurador en salud mediante las entidades promotoras de salud y las entidades prestadoras de servicios de salud; lo cual le da al sistema una especialización de dos sistemas: el primero encargado de la dirección y promoción del sistema y el segundo de prestación de los servicios de salud.

De conformidad con lo establecido por la ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud “*son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley*”.

Dentro de las funciones que la Ley 100 de 1993, señala para las EPS, tenemos, entre otras, que a estas le corresponde organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional; así mismo, las Empresas Promotoras de Salud tienen la obligación de aceptar a toda persona que solicite afiliación y cumpla con los requisitos de Ley, también les corresponde definir los procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y beneficiarios a las IPS con las que la respectiva EPS, haya establecido contratos y/o convenios. (Art. 178, Ley 100 de 1993).

De conformidad con las normas del sistema, los afiliados tienen el derecho de escoger a cual EPS desean afiliarse como la IPS que le prestará los servicios de salud, dentro de las opciones que ofrezca la respectiva EPS. Para el cumplimiento de sus obligaciones, las EPS, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 100, deberán garantizar a sus afiliados varias alternativas de Instituciones Prestadoras de Salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, pero a su vez las entidades promotoras de salud para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. De esta manera surgen las Entidades Promotoras de Salud como empresas contratantes

La Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 179 que las EPS, para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. De este artículo, fue demandada en acción de constitucionalidad, la expresión “*prestarán directamente*”, por considerar el accionante que “*las expresiones de las normas demandadas contradicen el mandato superior que establece*

*como un deber a cargo del Estado intervenir para impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y para evitar o controlar cualquier abuso que persona o empresa hagan de su posición dominante en el mercado, toda vez que las mismas facultan a las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S) para prestar servicios directamente, es decir por medio de sus propias Instituciones Prestadoras de Servicios (I.P.S). A su juicio, las normas acusadas dieron a las Entidades Promotoras de Salud, un lugar preeminente desde el cual pueden controlar íntegramente el mercado de los servicios de salud privilegiando a sus propias Instituciones Prestadoras de Salud, en menoscabo de aquellas otras que conservan su independencia”.*

En esa oportunidad, la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad de dicha expresión, argumentando que *“de conformidad con lo que sobre la materia se ha expresado en esta providencia, resulta claro que no solo no es contraria a la Constitución esa manera de disponer sobre la participación de entidades privadas en el ámbito del servicio público de la salud, sino que la garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa del servicio asistencial de salud, por medio de sus IPS, por cuanto ello forma parte de la libertad económica. En efecto, la libertad de empresa que reconoce el artículo 333 de la Constitución, tiene dos manifestaciones muy precisas en la vida social, como son la facultad de la persona de establecer su propia empresa u organización económica y la facultad de realizar una actividad económica, dentro de los límites del bien común. De ahí que, en el marco del modelo económico de la Constitución, las EPS dentro del ámbito de su libertad económica, puedan prestar directamente el servicio de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica y farmacéutica con sujeción a la ley”.*

Luego, con la expedición de la Ley 1122 de 2007, se estableció que *“las Empresas Promotoras de Salud (EPS) no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud”.* Disposición

esta que limita el porcentaje de contratación de las EPS con sus propias IPS, situación que es conocida como la limitación a la integración vertical de las Empresas Promotoras de Salud.

La integración vertical, *“en el sector salud la definición de la integración vertical presenta dificultades por las especiales características de este mercado, y ha sido definida como la coordinación o unión de líneas de servicio dentro o a través de las etapas en los procesos de producción de atención en salud. Esto supone que la integración se relaciona con la circulación del paciente a través de las etapas de producción que son determinadas por episodio de salud. Entonces la integración vertical es una estructura de Gobierno diseñada para coordinar y controlar los servicios de atención que están en diferentes estados de la cadena de valor y que facilitan la colaboración y comunicación interorganizacional entre los oferentes de atención en salud que están involucrados en la prestación de servicios”*.

*“En el caso colombiano, debido a las especificidades en el diseño del régimen contributivo, el cual desintegra –separa- el aseguramiento –a cargo de las EPS- de la prestación del servicio –en cabeza de las IPS-, la integración vertical ha sido entendida en los siguientes términos: debido a que las EPS tienen la función principal de garantizar la prestación de los servicios del POS, como producto final a sus afiliados, se ha supuesto que esta firma se enfrenta a la decisión entre entregar directamente los servicios o llevarlos al usuario mediante ciertas transacciones en el mercado, esto es, se plantea que la EPS podría integrarse hacia adelante con la IPS y de este modo controlar directamente la atención a sus afiliados. La amplitud de la integración entre EPS e IPS puede examinarse de dos maneras bien sea en término del rango de servicios o de actividades que hacen parte del POS y que son entregados de manera directa por las EPS, o en termino de la población que como una proporción del total de afiliados es servida de esta forma. Por su parte, el grado de integración vertical va a estar referido al porcentaje del gasto en servicios de salud que la EPS realiza a través de sus propias IPS. La forma de la integración se determina por la manera como la EPS establece control sobre la IPS”*.

Sobre la exequibilidad del artículo 15 de la referida Ley 1122 de 2007, la Corte Constitucional se pronunció declarando su exequibilidad condicionada en el entendido de que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS, no debe impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS, escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios le sean efectivamente suministrados. En todo caso, se atenderán los eventos de urgencia.

#### **2.4.5. Las instituciones prestadoras del servicio de salud - IPS.**

De conformidad con la prohibición establecida en el artículo 31 de la Ley 1122 de 2007, estableciendo que *“en ningún caso se podrán prestar servicios asistenciales de salud directamente por parte de los Entes Territoriales”*, los entes territoriales no pueden ser contratistas para prestar directamente los servicios de salud, toda vez que los entes territoriales no tienen las características de instituciones prestadoras de salud, razón por la cual su responsabilidad en la prestación de los servicios es contratar como parte contratante con las IPS la prestación de dichos servicios a la población que lo requiera.

En los anteriores términos, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, conocidas como IPS, “son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de las Entidades Promotoras de Salud o fuera de ellas”. La función principal que cumplen las IPS, es prestar los servicios de salud en sus distintos niveles de atención según corresponda a los afiliados y beneficiarios lo cual les obliga a especializarse en un nivel específico de complejidad.

Así mismo, la atención inicial de urgencias el Estado colombiano la garantiza a través de cualquier IPS del país, y de conformidad con la Ley 100, *“debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa”*.

Por su parte, el parágrafo primero de la Ley 1122 de 2007 establece:

*“Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias en cualquier IPS del país. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato. El incumplimiento de esta disposición, será sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud con multas, por una sola vez o sucesivas, hasta de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv) por cada multa, y en caso de reincidencia podrá conllevar hasta la pérdida o cancelación del registro o certificado de la institución”*.

De esta manera, es como los entes territoriales mediante un contrato de prestación de servicios de salud, adquiere con las IPS determinados servicios de salud en cuyo contrato se especifican el nivel de atención y los servicios médicos que incluye el respectivo contrato. Igualmente las IPS contratan de esta manera con las EPS. Lo importante es que las EPS y los entes territoriales dispongan de diferentes IPS para la prestación de los servicios de salud de tal manera que se garantice este derecho los afiliados, en los casos en que la IPS escogida por un afiliado no preste determinado servicio, la EPS o el ente territorial respectivo pueda remitir a otra IPS para asegurar la prestación del servicio.

#### **2.4.6. Del régimen especial de contratación de las Empresas Sociales del Estado**



– ESE–.

Las Empresas Sociales del Estado, son entidades públicas del nivel descentralizado, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que se encuentran sometidas al régimen jurídico establecido por la Ley, por medio de las cuales el Estado presta los servicios de salud.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se estableció que *“la prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso”*.

En síntesis las ESE, constituyen una modalidad especial de IPS cuando la prestación de los servicios de salud lo hace directamente el Estado. Así quedó establecido en el parágrafo 2º del artículo 27 de la Ley 1122 de 2007, al establecer que *“las Instituciones Prestadoras de Salud públicas que en el momento vienen funcionando y tienen contratación vigente podrán continuar su ejecución, y dispondrán de un año a partir de la fecha de la vigencia de la presente ley para transformarse en Empresas Sociales del Estado o afiliarse a una”*.

El régimen jurídico por el cual se rige las Empresas Sociales del Estado, es el establecido en la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, *“en forma especial se rigen por el derecho privado y por lo que se establezca en su propio Manual de Contratación que debe ser adoptado por la Junta Directiva como organismo máximo de la empresa, como se prevé en la ley, ordenanza o acuerdo que las crea o transforma en Empresas Sociales del Estado, de conformidad con lo señalado en el numeral 6) del artículo 195 de la Ley 100 de 1993”*.

Por su parte, la ley 489 de 1998, establece en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público incluye a las empresas sociales del Estado y señala que las aludidas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa. El artículo 83, de esta ley dispone que *"las empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud se sujetan al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen"*, en materia contractual se regirán por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Conforme a lo anterior, tenemos que el régimen jurídico aplicable a los contratos de la ESE, es el contenido en las normas de derecho privado y excepcionalmente se aplica las cláusulas excepcionales contenidas en la Ley 80 de 1993 para los contratos estatales. Es excepcional la aplicación de tales cláusulas por disposición de la Ley 100. Sobre el régimen de contractual de las Empresas sociales del Estado, el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, ha precisado lo siguiente:

*"por voluntad del legislador, ni los principios de la contratación estatal, ni normas distintas a las que regulan las cláusulas exorbitantes, deben aplicarse obligatoriamente por las empresas sociales del Estado. Es forzoso concluir entonces, que el régimen de contratación de estas empresas es de derecho privado, con aplicación excepcional de las cláusulas mencionadas. Sin embargo, estima pertinente aclarar que cuando tales empresas, hipotéticamente tuvieran que celebrar los contratos a que se refiere el artículo 32 de la ley 80, no es pertinente dar aplicación a disposiciones distintas a las de derecho privado. Con todo, que el estatuto contractual no se aplique sino en punto a las cláusulas excepcionales, conforme al numeral 6° del artículo 195 de la ley 100, no significa que los administradores y encargados de la contratación en las empresas en*

*cuestión, puedan hacer caso omiso de los preceptos de los artículo 209 de la Constitución, 2° y 3° del C.C.A. Este último precepto (artículo 209 C.P.), regula el alcance y contenido de cada uno de los principios mencionados; a estos y a las demás disposiciones deberán los administradores de las empresas sociales del Estado ajustar su actividad contractual. En igual forma y en desarrollo de los mismos preceptos, los principios universales - asociados al interés general -, contenidos en la ley 80 de 1993 y relacionados con los fines de la contratación estatal, con los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, la capacidad, así no estuvieran vertidos en mandatos legales, deben presidir la contratación en las empresas mencionadas, pues son postulados que tocan con la moralidad, la continuidad y prestación eficiente de los servicios públicos, y con la garantía de los derechos de los administrados-usuarios. Del mismo modo, la responsabilidad de los administradores de las empresas sociales del Estado, se regirá directamente por las previsiones del artículo 90 de la Constitución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 80, que recoge parcialmente los alcances del precepto constitucional”.*

*“Si bien los contratos están sometidos al derecho privado por disposición legal, la facultad discrecional de pactar las cláusulas exorbitantes dota, a los administradores de las Empresas Sociales del Estado, de herramientas especiales para garantizar determinados fines, obviamente dentro de la órbita del interés general que mueve a la administración al contratar. En efecto, la interpretación, la modificación y la terminación unilaterales, así como la caducidad del contrato, permiten al contratante estatal hacer derivar efectos precisos al contrato, en procura de la protección de los intereses públicos. Es una rica gama de potestades especiales, que tienen por virtud sustraer del régimen común de la contratación entre particulares a los contratos celebrados por las empresas sociales del Estado y le permiten un manejo adecuado de las circunstancias en que se desenvuelve la ejecución de los mismos. Ahora bien, que no sea aplicable la ley 80 sino en las condiciones anotadas, no implica que sus representantes o quienes tengan las funciones de adelantar los procedimientos de contratación, puedan abstenerse de realizar los estudios y evaluaciones necesarios y de tomar todas las medidas indispensables para asegurar los intereses del Estado, los que siempre están presentes en la actividad de los entes públicos, por el sólo hecho de tener ellos ésta naturaleza, indisolublemente asociada*

*al interés general, máxime cuando de por medio está la prestación directa de los servicios públicos de salud por la Nación y las entidades territoriales. Lo anterior significa que el régimen de contratación de derecho privado no restringe el alcance del principio de prevalencia del interés general - que hace parte de aquellos que dan fundamento filosófico y político a la República -, ni el de los fines del Estado, como tampoco del principio de responsabilidad por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones por parte de los agentes de la administración contratante. Si no se estipulan cláusulas exorbitantes, procede la aplicación de las normas de derecho privado, contenidas en los códigos civil y comercial, o de las contenidas en disposición”.*

## **2. De las Instituciones reguladoras.**

Al participar los particulares en la prestación servicio público de la salud, consecuentemente al Estado le surge el deber de vigilancia en la prestación de este servicio; de tal modo que su intervención permita regular, como forma de intervención de Estado en la economía, la forma a través de la cual se hace efectivo este derecho fundamental a todos lo habitantes del territorio. Es de esta manera, como el Estado tiene la facultad de regular la participación de los particulares en la prestación de los servicios ofrecidos a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

*“El Estado tiene una amplia facultad de intervención económica en el sistema de salud y, en consecuencia, la libertad de empresa de los particulares en este campo puede tener mayores restricciones que las que son admisibles en otros sectores de la economía. Sin embargo, toda intervención debe ser razonable y proporcionada y tener fundamento legal. En tal sentido, la Corte ha indicado que la libertad económica (de empresa y contractual) de los particulares en este campo puede ser limitada siempre que se reúnan las siguientes condiciones: (i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; (ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; (iii) debe obedecer al desarrollo de principios constitucionales*

*específicos del ámbito de la salud como la solidaridad, la universalidad y la eficiencia en la prestación del servicio; y (v) debe respetar el principio de proporcionalidad de forma tal que no sólo la finalidad sea legítima sino que el medio adoptado para alcanzarla sea razonablemente idóneo y no tenga un costo constitucional desproporcionado”.*

Por su parte, el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, sobre el particular dispone que “El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370, 366, 367, 368, 369 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

- a) Garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y en los artículos 2 y 153 de esta Ley.
- b) Asegurar el carácter obligatorio de la Seguridad Social en Salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia;
- c) Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la Seguridad Social en Salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud;
- d) Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social en Salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país;
- e) Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señale la Ley;

f) Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad;

g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes;

h) Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social.

**PARÁGRAFO.** Todas las competencias atribuidas por la presente Ley al Presidente de la República y al gobierno nacional, se entenderán asignadas en desarrollo del mandato de intervención estatal de que trata este artículo.

Esta intervención como en las demás que realiza para diversos sectores de la Economía, la hace por intermedio de las instituciones que el legislador ha creado para tal fin, por iniciativa del gobierno. En ese orden de ideas, veamos cada una de las instituciones reguladoras del SGSSS.

### **3.1. Ministerio de Salud y Protección Social**

El Ministerio de la Protección Social fue creado mediante la Ley 790 de 2002, que ordenó fusionar el Ministerio de Salud con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyas funciones serán las mismas establecidas para los dos ministerios fusionadas. Así mismo, los

objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de la Protección Social, fueron adoptados mediante el Decreto 205 de 2003, que posteriormente fue modificado por el Decreto 1293 de 2009 *“Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de la Protección Social”*. Actualmente, la Ley 1444 del 4 de mayo de 2011 escindió el Ministerio de la Protección Social, y creó el Ministerio de Salud y Protección Social como agente del Gobierno para liderar la política de Salud, sanidad, el sistema de seguridad social en salud etc y creó igualmente el Ministerio del Trabajo.

El Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con la normatividad menciona, además de las otras señaladas por la Ley cumple las siguientes funciones en lo atinente al SGSSS:

*“El Ministerio de la Protección Social tendrá como objetivos primordiales la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución, control y seguimiento del Sistema de la Protección Social, establecido en la Ley 789 de 2002, dentro de las directrices generales de la ley, los planes de desarrollo y los lineamientos del Gobierno Nacional”.*

El Ministerio de la Protección Social, es entonces el encargado de dirigir, orientar la planeación de los objetivos del ministerio, como también el encargado de formular y velar por la ejecución de las políticas, planes y programas relacionados con la misión, objetivos y políticas del Ministerio, dentro de las que se encuentran aquellas para el correcto funcionamiento SGSSS. A partir del cumplimiento de esta función surge el plan de gestión integral para el desarrollo operativo y funcional del Plan Nacional de Salud Pública, el cual *“busca fortalecer las competencias para liderar, planear, ejecutar y evaluar las políticas y sus estrategias. La gestión es el eje central de integración, coordinación y articulación de las competencias, responsabilidades y*

*funciones en salud pública de los actores en el ámbito nacional, territorial e institucional, público, privado y comunitario.*

*Esta línea de política permite promover el liderazgo de las entidades territoriales de salud y los demás actores institucionales para fortalecer la capacidad de la autoridad de salud territorial en el desempeño de las competencias de salud, permite generar escenarios para apoyar el ejercicio de rectoría y gobernabilidad del sector, para mejorar la capacidad de coordinación, regulación, planificación, conducción, vigilancia, evaluación y comunicación de los riesgos en salud y de los resultados y efectos de las políticas de promoción de la salud y la calidad de vida, prevención de los riesgos y recuperación de la salud.*

*La gestión integral se apoya en un conjunto de procesos, estrategias, procedimientos, intervenciones, actividades, herramientas, instrumentos, capacidades y habilidades gerenciales, técnicas, operativas, logísticas, de información y comunicación enmarcadas en los principios de calidad. Articula procesos de planeación, seguimiento y evaluación de las competencias de salud pública individuales y colectivas y los mecanismos de control de la gestión con calidad, y el seguimiento para el logro de las metas definidas en el Plan Nacional de Salud Pública.*

*Además, fomenta la comunicación en salud, como estrategia que permite corregir las asimetrías en el manejo social del riesgo, generar redes de protección social, lograr equidad y aumentar la calidad de vida en la población Colombiana”.*

### **3.2. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.**

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, fue creado por disposición del artículo 171 de la Ley 100 de 1993, adscrito al Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la



Protección Social como organismo de dirección del Sistema General de Seguridad Social en Salud; así mismo, es el organismo de concertación entre los diferentes integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sus decisiones serán obligatorias, podrán ser revisadas periódicamente por el mismo Consejo, (Art. 156, Lit. “m”. L. 100/93).

Funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud:

- Definir el Plan Obligatorio de Salud para los afiliados según las normas de los regímenes contributivo y subsidiado, de acuerdo con los criterios del capítulo tercero del primer título de este libro.
- Definir el monto de la cotización de los afiliados del Sistema, dentro de los límites previstos en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993.
- Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación según lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993.
- Definir el valor por beneficiario del régimen de subsidios en salud.
- Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.
- Definir los criterios generales de selección de los beneficiarios del régimen subsidiado de salud por parte de las entidades territoriales, dando la debida prioridad a los grupos pobres y vulnerables.

-Definir el régimen de pagos compartidos de que tratan el numeral 3 del artículo 160 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.

-Definir el régimen que deberán aplicar las entidades promotoras de salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general y de las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo.

-Definir las medidas necesarias para evitar la selección adversa de usuarios por parte de las entidades promotoras de salud y una distribución inequitativa de los costos de la atención de los distintos tipos de riesgo.

-Recomendar el régimen y los criterios que debe adoptar el Gobierno Nacional para establecer las tarifas de los servicios prestados por las entidades hospitalarias en los casos de riesgos catastróficos, accidentes de tránsito y atención inicial de urgencias.  
Reglamentar los Consejos Territoriales de Seguridad Social en Salud.

-Ejercer las funciones de Consejo de Administración del Fondo de Solidaridad y Garantía.

-Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud.  
Adoptar su propio reglamento.

-Las demás que le sean asignadas por Ley o que sean necesarias para el adecuado funcionamiento del Consejo.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se encuentra conformada por los siguientes representantes:

Ministerio de la Protección Social - Presidente CNSSS; Secretaría Técnica CNSSS; Ministerio de Hacienda y Crédito Público; Seguro Social; Asociación Nacional de Industriales (ANDI); Asociación Colombiana de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Acopi); Representante de los Trabajadores; Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud; Asociación de Usuarios del Servicio de Salud del Sector Rural Dusakawi; Representantes de las Entidades Municipales de Salud; Representantes de Entidades Promotoras de Salud EPS; Confederación de Pensionados; Representante de Direcciones Seccionales de Salud; Representante de Profesionales de Salud;

Además de las personas que integran el CNSSS, existe un órgano asesor permanente integrado por la Academia Nacional de Medicina; Facultad de Salud Pública Universidad de Antioquia; Federación Médica Colombiana; Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas; Asociación Colombiana de Facultades de Medicina.

Con la expedición de la Ley 1122 de 2007, el CNSSS, cambia su naturaleza, toda vez que esta norma en su artículo tercero establece que se le dará al actual Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud un carácter de asesor y consultor del Ministerio de la Protección Social y de la Comisión de Regulación en Salud.

### **3.3. Comisión de Regulación de Salud.**

La Comisión de Regulación en Salud CRES, fue creada recientemente por la Ley 1122 de 2007, como una unidad administrativa especial, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de la Protección Social. Se encuentra integrada por el Ministro de la Protección Social quien la preside y el Ministro de Hacienda y Crédito Público y cinco (5) Comisionados Expertos, nombrados mediante el Decreto 1429 del 23 de abril de 2009 designados por el Presidente de la República.

Las funciones de la CRES, se encuentran descritas en el artículo 7º de la Ley 1122 de 2007 y son las siguientes:

1. Definir y modificar los Planes Obligatorios de Salud (POS) que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) garantizarán a los afiliados según las normas de los Regímenes Contributivo y Subsidiado.
2. Definir y revisar, como mínimo una vez al año, el listado de medicamentos esenciales y genéricos que harán parte de los Planes de Beneficios.
3. Definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen, de acuerdo con la presente ley. Si a 31 de diciembre de cada año la Comisión no ha aprobado un incremento en el valor de la UPC, dicho valor se incrementará automáticamente en la inflación causada.
4. Definir el valor por beneficiario de los subsidios parciales en salud, sus beneficios y los mecanismos para hacer efectivo el subsidio.

5. Definir los criterios para establecer los pagos moderadores de que trata el numeral 3 del artículo 164 y los artículos 164 y 187 de la Ley 100 de 1993.

6. Definir el régimen que deberán aplicar las EPS para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad, según las normas del Régimen Contributivo.

7. Establecer y actualizar un sistema de tarifas que debe contener entre otros componentes, un manual de tarifas mínimas que será revisado cada año, incluyendo los honorarios profesionales. En caso de no revisarse el mismo, será indexado con la inflación causada.

8. Presentar ante las Comisiones Séptimas de Senado y Cámara, un informe anual sobre la evolución del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las recomendaciones para mejorarlo.

9. Recomendar proyectos de ley o de decretos reglamentarios cuando a su juicio sean requeridos en el ámbito de la salud.

10. Adoptar su propio reglamento.

11. Las demás que le sean asignadas por ley.

El valor de pagos compartidos y de la UPC serán revisados por lo menos una vez por año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal, y el nuevo valor se determinará con fundamento en estudios técnicos previos.

En casos excepcionales, motivados por situaciones de emergencia sanitaria que puedan afectar la salubridad pública, el Ministerio de la Protección Social asumirá temporalmente las funciones de la Comisión de Regulación en Salud.

Las decisiones de la Comisión de Regulación en Salud referidas al régimen contributivo deberán consultar el equilibrio financiero del sistema, de acuerdo con las proyecciones de sostenibilidad de mediano y largo plazo, y las referidas al régimen subsidiado, en cualquier caso serán compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

#### **3.4. La Superintendencia Nacional de Salud.**

La superintendencia Nacional de Salud, inicialmente aparece en el 1977 con el Decreto-Ley 1650 como la Superintendencia de Seguros de Salud, encargada de ejercer el control y vigilancia a la administración en la prestación de los servicios del seguro social. Luego con la expedición de la Ley 15 de 1989, se le cambia la denominación y pasa a ser Superintendencia Nacional de Salud, cuya misión sería entonces ejercer control, inspección y vigilancia sobre las actividades que conciernen a la prestación de los Servicios de Salud en los Seguros Sociales Obligatorios, asistencia pública, atención médica a cargo de entidades creadas o sostenidas por el Estado y liquidación, recaudo y transferencia de los recursos fiscales que se apliquen a tales actividades. (Art. 4).

Posteriormente con el Decreto 1472 de 1990, se reorganiza la Superintendencia Nacional de Salud, como organismo adscrito al Ministerio de Salud, sin personería jurídica, con la autonomía administrativa y financiera. Con la expedición de la Constitución de 1991, y en virtud de la facultad otorgada por el artículo transitorio 20, mediante el Decreto 2165 de

1992, se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud estableciendo como objetivos de la entidad la de ser autoridad técnica de inspección, vigilancia y control en relación con la siguientes materias: a) el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias a que están sujetas las entidades que prestan servicios de salud, las que prestan servicios de medicina Prepagada y las Cajas de Compensación Familiar; b) la eficiencia en la aplicación, en la obtención y aplicación de los recursos de las entidades del Subsector Oficial del Sector Salud; y, c) la liquidación, recaudo, giro, cobro y utilización de los recursos fiscales y demás arbitrios rentísticos, cualquiera que sea su origen, con destino a la prestación de los servicios de salud.

*“Cuando se Expide la Ley 100, la norma correspondiente (art. 233), modifica las normas del Decreto 2165 de 1992 respecto de las funciones de la superintendencia, señalando que le corresponde además funciones como las siguientes: inspeccionar y vigilar a las entidades promotoras de salud; resolver las diferencias que surjan en materia de preexistencias en el sector; fijar reglas contables para las instituciones hospitalarias, etc. La entidad quedó expresamente facultada para imponer multas a entidades y administradores; emitir ordenes de suspensión de prácticas ilegales; practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas, etc.”.*

Con la expedición de la Ley 1122 de 2007, crea el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual, estará en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, sus objetivos se amplían dándole un nuevo enfoque a la función de inspección, vigilancia y control de la siguiente manera:

- Fijar las políticas de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad

Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo.

-Supervisar la calidad de la atención de la salud y control del aseguramiento, la afiliación, la calidad de la prestación de los servicios y la protección de los usuarios; Velar por la eficiencia en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud.

-Exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud.

-Proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, individual y colectiva, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud.

-Velar porque la prestación de los servicios de salud se realice sin ningún tipo de presión o condicionamiento frente a los profesionales de la medicina y las instituciones prestadoras de salud.

-Evitar que se produzca el abuso de la posición dominante dentro de los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

-Promover la participación ciudadana y establecer mecanismos de rendición de cuentas a la comunidad, que deberá efectuarse por lo menos una vez al año, por parte de los actores del Sistema.



Igualmente amplia el campo de inspección, vigilancia y control a los Regímenes exceptuado y Especiales y se le agregan las funciones de Conciliación y Jurisdiccionales. De esta manera, en lo que tiene que ver con las funciones de conciliación, la Ley 1122 de 2007, establece que *“la Superintendencia Nacional de Salud podrá actuar como conciliadora, de oficio o a petición de parte, en los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y el acta que la contenga, donde debe especificarse con toda claridad las obligaciones a cargo de cada una de ellas, prestará mérito ejecutivo”* y que para el efecto, *“en el trámite de los asuntos sometidos a conciliación, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas generales de la conciliación previstas en la Ley 640 de 2001”*.

De otro lado, en cuanto a las funciones jurisdiccionales el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece:

Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

- a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;*
- b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de*

*atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;*

*c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;*

*d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

Pero al mismo tiempo, la disposición aclara que “la Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte” y que tampoco le es permitido “ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal”; para el efecto, la Superintendencia deberá someterse a lo previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.

### **3.5 Las secretarías de salud de los entes territoriales**

El inciso segundo de la Ley 100 de 1993, establece que “corresponde a los departamentos, distritos y municipios, funciones de dirección y organización de los servicios de salud para garantizar la salud pública y la oferta de servicios de salud por instituciones públicas, por contratación de servicios o por el otorgamiento de subsidios a la demanda”.

Los entes territoriales igualmente quedan facultados para un Consejo Territorial de Seguridad Social en Salud que asesore a las Direcciones de Salud de la respectiva jurisdicción, en la formulación de los planes, estrategias, programas y proyectos de salud y en la orientación de los sistemas Territoriales de Seguridad Social en Salud, que desarrollen las políticas definidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Por otro lado, la Ley 715 de 2001, en su artículo 43, le establece a los departamentos las funciones en salud, desde cuatro puntos distintos a saber: Funciones en cuanto a la dirección del sector salud en el ámbito departamental; funciones para la prestación de servicios de salud; funciones de Salud Pública y de Aseguramiento de la Población al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por su parte a los Municipios, le asigna tres tipos de funciones a saber: funciones de dirección del sector en el ámbito municipal; de aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud y de Salud Pública. Para los Distritos, dispuso que tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos, excepto aquellas que correspondan a la función de intermediación entre los municipios y la Nación.

#### **4. De los distintos niveles de complejidad para la atención médico quirúrgica.**

Los niveles de complejidad antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, eran conocidos como niveles de atención y se establecieron con el fin de determinar la responsabilidad de los entes territoriales en la prestación del servicio de salud. Actualmente, los niveles de complejidad luego de la expedición de la Ley 100 de 1993, se encuentran reglamentado por la resolución 5261 de 1994, *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, del

Ministerio de Salud, Actual Ministerio de la Protección Social, que en sus artículos 20 y 21 dispone lo siguiente:

ARTICULO 20. RESPONSABILIDADES POR NIVELES DE COMPLEJIDAD. Para efectos de definir la responsabilidad del personal de salud en los diferentes niveles de complejidad se establece:

NIVEL I: Médico general y/o personal auxiliar y/o paramédico y/o de otros profesionales de la salud no especializados.

NIVEL II: Médico general y/o profesional paramédico con interconsulta, remisión y/o asesoría de personal o recursos especializados.

NIVEL III y IV: Médico especialista con la participación del medico general y/o profesional paramédico

ARTICULO 21. CLASIFICACION POR NIVELES DE COMPLEJIDAD PARA LA ATENCION MEDICO QUIRURGICA. Para efectos de clasificación de los procedimientos quirúrgicos, se establece la siguiente discriminación como parte del presente Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, así:

NIVEL I: Tiene médico general, odontólogo, enfermera. Son de ubicación rural y local y cubre cirugías GRUPOS 01, 02, 03.

NIVEL II: Además de lo anterior, posee las cuatro especialidades básicas; medicina interna, ortopedia, pediatría y gineco-obstetricia. Son de ubicación regional y local. Cubre cirugías

GRUPOS 04, 05, 06, 07, 08.

NIVEL III: además de lo anterior posee el resto de las especialidades y subespecialidades. Son de ubicación regional y más general. Cubre cirugías de GRUPOS 09 Y SIGUIENTES.

NIVEL IV: Se establece de acuerdo al procedimiento practicado en las patologías CATASTROFICAS descritas anteriormente.

## **5. Manual de Procedimientos Médicos – MAPIPOS de Salud.**

La resolución 5261 de 1994, *Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, establece los manuales de Actividades, Intervenciones y Procedimientos con el fin de que sea utilizado en el Sistema de Seguridad Social en Salud, para garantizar, el acceso a los contenidos específicos del Plan Obligatorio de Salud, la calidad de los servicios y el uso racional de los mismos; mediante el cual se busca unificar el plan de atenciones en todas las instituciones del país de conformidad con los niveles de complejidad para la atención en salud antes descritos.

En dicho procedimiento queda consignado entonces, el manual de actividades, intervenciones y procedimientos; la definiciones y contenidos de las actividades, intervenciones y procedimientos contemplados en el plan obligatorio de salud; los servicios con internación estancias, servicios profesionales, derechos de sala, materiales, suministros y equipos; los servicios profesionales, derechos de sala, materiales suministros, equipos y rehabilitación integral; las actividades y procedimientos medico-quirúrgicos, así como sus

nomenclatura y clasificación; las actividades, intervenciones y procedimientos de diagnóstico y tratamiento nomenclatura y clasificación. Así mismo, en ella se establece el desarrollo plan obligatorio de salud, pos, por cada nivel de complejidad

## **6. Régimen especial de los contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios.**

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, “son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.”. En estos términos, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en Colombia se pueden presentar las siguientes modalidades o formas de organizarse para la prestación de los servicios públicos: empresas de servicios públicos de propiedad del Estado o de los entes territoriales; empresas de servicios públicos mixtas; empresas de servicios públicos privadas; empresas industriales y comerciales del Estado; los entes territoriales por gestión directa y las comunidades organizadas y operadores marginados privados y públicos.

En cuanto al régimen aplicable a todos los operadores de los servicios públicos domiciliarios, la regulación es idéntica para todos los operados sin importar la forma en las cuales se encuentran constituidos para tal fin; de tal forma que frente a los usuarios todas deben asumir un mismo rol, en donde los usuarios tienen las mismas prerrogativas de conformidad con lo regulado para el asunto por la ley.

De esta manera, “las normas relativas al régimen de los servicios esto es: las condiciones de su prestación, la responsabilidad por falla del servicio, la sujeción a la dirección, regulación, control y vigilancia por parte del Estado, el régimen aplicable a las redes y bienes afectados al servicio público, el régimen tarifario, el de subsidios y contribuciones, así como el aplicable a los usuarios de los servicios públicos es común para todos los proveedores con independencia de su naturaleza jurídica”.

“Todos los operadores están obligados a prestar servicios de calidad y someterse a las condiciones técnicas de los servicios, así todos están obligados a celebrar contratos de condiciones uniformes con sus usuarios y a sujetarse al sistema de regulación y control que determina la ley; en este sentido el régimen es igual y no podría la regulación o la policía administrativa imponer cargas a unos operadores que no deben ser soportados por los demás”.

Por otro lado, en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, para nuestro estudio es preciso distinguir de esos actos tres aspectos fundamentales, como son el procedimiento que siguen las ESP para la formación de dichos, si estos a su vez se consideran públicos o si tienen naturaleza de actos privados y por último, la jurisdicción competente para conocer de las controversias que se generen por causa de estos actos.

Así mismo, dentro de los actos que realizan las ESP, deben distinguirse aquellos que se realizan para el desarrollo del objeto de la respectiva empresa los cuales se encuentran sometidos a las reglas del derecho privado en el marco de una economía de mercado regida por las reglas de la libertad de empresa y la libre competencia; es decir sobre estos aspectos,

las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios compiten entre ellas en la prestación de los servicios, sus actos están sometidos al derecho privado y por tanto la información sobre la producción, explotación, uso y adquisición de nuevas tecnologías para la prestación del servicio esta sometida igualmente al derecho privado y en ocasiones puede ser de uso confidencial y reservado en donde sólo las entidades reguladoras pueden tener acceso a ella. Que de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, al aplicarse el derecho privado, tendríamos que estos se someten a las reglas previstas en los artículos 61, 62, y 63 del Código de Comercio. Y por otro lado, tenemos los actos de estas empresas que tienen relación directa con los usuarios de los servicios, en donde en muchas ocasiones las ESP, ejercen alguna potestad pública sus actos deben en consecuencia someterse al derecho público.

Esta sería la regla para determinar el régimen jurídico que se aplica a los actos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, la cual se aplica sin consideración a la naturaleza jurídica de la empresa encargada de la prestación del servicio público.

Por otro lado, en cuanto al régimen jurídico aplicable a los contratos de las ESPD, el título segundo de la Ley 142 de 1994, reglamenta el régimen de los contratos para este tipo de empresas. En consecuencia, el artículo 31 modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001 establece:

*“Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.*

*Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de*



*cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.*

*Parágrafo. Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993”.*

El texto original del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, fue demandado en acción de inconstitucionalidad, a lo que la Corte Constitucional mediante sentencia C-066 de 1997, señaló:

*"En efecto, pretende la ley objeto de control someter a un régimen de derecho privado los actos y contratos que celebren las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. No es otro el objetivo del envío que el artículo 31 de la ley 142 de 1994 hace, en tratándose de contratos celebrados por dichas empresas, al parágrafo 1º del artículo 32 del Estatuto General de la Contratación Administrativa, salvo cuando la primera ley citada disponga otra cosa. En igual forma y directamente, el artículo 32 de la misma ley deja en manos de las reglas propias del derecho privado, salvo en cuanto la Constitución Política o la misma*

*ley dispongan lo contrario, la constitución y demás actos de las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas socias de ellas.*

*Pero independientemente de la anterior discusión doctrinal sobre qué debe ser objeto de normas del derecho público o del derecho privado, considera la Corte que esa sola apreciación no puede constituir base suficiente para declarar la inexecutable del régimen establecido por el legislador para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en vista de que la norma constitucional que los organiza no lo determina expresa y menos privativamente. Al respecto, simplemente el Constituyente dejó en manos de la ley, sin tener en cuenta su pertenencia a un régimen de derecho público o privado, la fijación de las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de tales servicios, su cobertura, calidad, financiación, tarifas, etc. Luego, el legislador, en uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios tantas veces citados, sin transgredir con ello la normatividad Superior.*

*De otra parte, si las actuaciones y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de sus empleados deben someterse a los principios estipulados en el título preliminar de la ley objeto de control (artículo 30), y no directamente a los del artículo 23 de la ley 80 de 1993, no hay sustento constitucional suficiente para la preocupación del actor en este punto, pues no es cierto que, por lo señalado, tales servidores públicos puedan desempeñar lo de sus cargos sin transparencia, responsabilidad y economía, y ello no les pueda ser exigido por las autoridades encargadas de vigilar sus actuaciones, ya que los principios que rigen la prestación de los servicios públicos domiciliarios no son solamente los*

*arriba enunciados, sino los de eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, etc., todos establecidos a lo largo del título preliminar de la ley 142 acusada (artículos 1 a 14), cuya consecución incluye, indudablemente, el cumplimiento de los principios que tanto preocupan al actor, desarrollando así cabalmente los principios esenciales de prestación eficiente y cobertura total de los servicios públicos, consagrados en el artículo 365 de la Carta".*

El régimen especial de los contratos de las empresas de servicios públicos, abarca igualmente, el contrato para la creación de la empresa, que en lo no regulado por la Ley 142 de 1994, se someten al regulado por el código de comercio para las sociedades anónimas (art. 19). Igualmente, hacen parte de este régimen los contratos especiales como los de concesión, los de interconexión. Y por últimos los contratos celebrados entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, que son contratos de condiciones uniformes, pero que igualmente están regulados por la intervención del estado en los servicios públicos prevista en la Ley 142 de 1994.

## **6.1 De los servicios públicos domiciliarios.**

Los servicios públicos como categoría general corresponden a una serie de actividades desarrolladas en pro del interés general para la satisfacción de las necesidades de la población, cuya prestación se encuentra sometida a un régimen jurídico especial de responsabilidad, para garantizar la prestación en condiciones de eficiencia y calidad a todos los usuarios, de manera permanente y continuo bajo la regulación y control de Estado.

Dentro de esta categoría general de los servicios públicos, los servicios públicos domiciliarios es una clasificación que se le da a lo que corresponde servicio público, de donde se derivan importantes consecuencias jurídicas que desde la constitución tiene una connotación distinta a los demás servicios públicos. Al respecto, la Corte Constitucional ha expresado que *“los servicios públicos domiciliarios son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas. El servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquél...”*.

Así mismo, la Corte Constitucional en el mismo fallo, establece las características de los servicios públicos domiciliarios, relevantes para determinar como domiciliario a un servicio público a partir de una interpretación finalista:

*"a) El servicio público domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución-, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.*

*b) El servicio público domiciliario tiene un "punto terminal" que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario "la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa".*

*c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna".*

Por otro lado, la Ley 142 de 1994 *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, no regula la totalidad de los servicios públicos domiciliarios, pero además entre a regular otros servicios distintos a los domiciliarios y algunas actividades complementarias. Al respecto, la Ley 142 de 1994, establece que esta se aplica a 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 presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley.

## **7. Las instituciones reguladores de las empresas de servicios públicos domiciliarios**

Al igual que para la prestación del servicio público de salud, existen entidades del Estado encargadas de intervenir en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, para que este se desarrolle en condiciones de igualdad entre los prestatarios del servicio, lo cual exige contar con las instituciones y normas que impidan que los operadores se beneficien en condiciones desleales previniendo un sistema monopólico en donde ninguno goce de privilegios o soporte obligaciones que otros operadores no están en la obligación de asumir; a la vez; que presten un servicio con oportunidad y eficiencia.

Desde este punto de vista, tenemos que existen unas instituciones que cumplen unas funciones de regulación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, tal como lo veremos a continuación.

## 7.1 Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

El Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, fue creado mediante la Ley 99 de 1993, con la denominación de Ministerio del Medio Ambiente, *“como organismo rector de la gestión del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, encargado de impulsar una relación de respeto y armonía del hombre con la naturaleza y de definir, en los términos de la presente ley, las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible”*.

Así mismo, en cuanto a los objetivos previstos para el Ministerio, el Decreto 216 de 2003, *“Por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y se dictan otras disposiciones”*, en su artículo 1º, establece que “el Ministerio De Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, tendrá como objetivos primordiales contribuir y promover el desarrollo sostenible a través de la formulación y adopción de las políticas, planes, programas, proyectos y regulación en materia ambiental, recursos naturales renovables, uso del suelo, ordenamiento territorial, agua potable y saneamiento básico y ambiental, desarrollo territorial y urbano, así como en materia habitacional integral”; “promover y facilitar el desarrollo sostenible del Sistema Nacional de Agua Potable y Saneamiento Básico y la gestión descentralizada, equitativa, participativa, eficiente, productiva y gerencial de las empresas prestadoras de los servicios públicos correspondientes, a través de la formulación de políticas, regulaciones, financiación e incentivos”.

La Ley 1444 del 4 de Mayo de 2011, escindió el Ministerio de Ambiente, Vivienda y

Desarrollo Territorial, y creó los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, quedando el primero con las funciones correspondientes el sector de agua potable y saneamiento básico.

#### **7.1.1 Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico**

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, fue creado por el artículo 69 de la Ley 142 de 1993, como una Unidad administrativa Especial, sin personería jurídica, con autonomía administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico; no obstante, posteriormente con la expedición de la Ley 790 de 2002, el parágrafo del artículo 4º estableció que *“la formulación de políticas relativas al uso del suelo y ordenamiento urbano, agua potable y saneamiento básico, desarrollo territorial y urbano, así como la política habitacional integral necesaria para dar cumplimiento al artículo 51 de la Constitución Política, serán funciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Los organismos adscritos y vinculados relacionados con estas funciones, pasarán a formar parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial”*.

La comisión esta integrada por el Ministro de ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, o su delegado quien la presidirá; el Ministro de la Protección Social, o su delegado; el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios o su delegado, con voz pero sin voto; el Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado; y cuatro expertos comisionados de dedicación exclusiva, nombrados por el Presidente de la República para un periodo de cuatro años, no sometidos al régimen de carrera administrativa.

En cuanto a las funciones de la CRA, la ley 142 de 1994, establece unas funciones

generales para todas las comisiones de regulación en el artículo 73, estableciendo entre otras que las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Para ello tendrán las siguientes funciones y facultades especiales.

Por su parte el artículo 74, establece las funciones especiales para cada Comisión de regulación y en lo concerniente a la CRA precisa:

- a. Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.
- b. Establecer, por vía general, en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operación de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de Salud, en tal forma que se fortalezcan los mecanismos de control de calidad de agua potable por parte de las entidades competentes.

Por otro lado, el Decreto 2882 del 2007, *“Por el cual se aprueban los estatutos y el Reglamento de la*



*Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA*”, además de las establecidas anteriormente le otorga las siguientes:

- a. Designar al Director Ejecutivo.
- b. Discutir y aprobar los proyectos, propuestas y demás documentos sometidos a su consideración.
- c. Aprobar el anteproyecto del presupuesto anual de la unidad Administrativa Especial Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA.
- d. Aprobar los planes de acción de corto, mediano y el largo plazo, en especial el plan estratégico quinquenal y las agendas regulatorias indicativas anuales, de conformidad con la normatividad vigente.
- e. Establecer el orden de prioridad y de ejecución de los trabajos regulatorios y fijar las directrices y criterios para la elaboración de los mismos.

## **7.2 Ministerio de Minas y Energía**

El Ministerio de Minas y Energía, fue creado mediante el Decreto 968 de 1940, con la denominación de Ministerio de Minas y Petróleo a partir del diseño de un plan para la defensa y el fomento de las industrias existentes; el aprovechamiento de los recursos naturales y el desarrollo de otras fuentes de producción; en cuanto a sus funciones en el año 1968, se le fijó al Ministerio el manejo de las fuentes de energía de origen primario, tales como el petróleo, gas natural, carbón y minerales radioactivos.

Posteriormente, mediante el Decreto 636 de 1974, se le cambia la denominación a la de Ministerio de Minas y Energía como se conoce actualmente, dándole una nueva estructura administrativa, que en la actualidad se encuentra regulada mediante el Decreto 70 de 2001.

Sus funciones en lo relacionado con el manejo de los Servicios Públicos, la Ley 142 de 1994, establece que el Ministerio de Minas y Energía, el de Comunicaciones y el de Desarrollo, tendrán, en relación con los servicios públicos de energía y gas combustible, telecomunicaciones, y agua potable y saneamiento básico, respectivamente, las siguientes funciones:

1. Señalar los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que utilicen las empresas de servicios públicos del sector, cuando la comisión respectiva haya resuelto por vía general que ese señalamiento es realmente necesario para garantizar la calidad del servicio, y que no implica restricción indebida a la competencia;
2. Elaborar máximo cada cinco años un plan de expansión de la cobertura del servicio público que debe tutelar el ministerio, en el que se determinen las inversiones públicas que deben realizarse, y las privadas que deben estimularse.
3. Identificar fuentes de financiamiento para el servicio público respectivo, y colaborar en las negociaciones del caso; y procurar que las empresas del sector puedan competir en forma adecuada por esos recursos.
4. Identificar el monto de los subsidios que debería dar la Nación para el respectivo servicio

público, y los criterios con los cuales deberían asignarse; y hacer las propuestas del caso durante la preparación del presupuesto de la Nación.

5. Recoger información sobre las nuevas tecnologías, y sistemas de administración en el sector, y divulgarla entre las empresas de servicios públicos, directamente o en colaboración con otras entidades públicas o privadas.

6. Impulsar bajo la dirección del Presidente de la República, y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, las negociaciones internacionales relacionadas con el servicio público pertinente; y participar en las conferencias internacionales que sobre el mismo sector se realicen.

7. Desarrollar y mantener un sistema adecuado de información sectorial, para el uso de las autoridades y del público en general.

8. Las demás que les asigne la ley, siempre y cuando no contradigan el contenido especial de esta ley.

Los ministerios podrán desarrollar las funciones a las que se refiere éste artículo, con excepción de las que constan en el numeral 67.6., a través de sus unidades administrativas especiales.

**PARÁGRAFO.** La Unidad Administrativa Especial de Planeación Minero Energética del Ministerio de Minas y Energía, tendrá el mismo régimen jurídico de las comisiones de regulación de que trata esta ley y continuará ejerciendo las funciones que le han sido asignadas legalmente.

### **7.2.1 La Comisión de Regulación de Energía y Gas.**

La Comisión de Regulación de Energía y Gas, fue creada mediante la Ley 142 de 1993, por el artículo 69 en los mismos términos y con las mismas funciones generales para las demás comisiones de regulación. La CREG, dentro de sus funciones tiene la misión de regular tres sectores específicos; el servicio público de electricidad, gas natural y el gas licuado de petróleo que no constituye un servicio público domiciliario pero que es sujeto de regulación por parte de CREG. En cuanto a las facultades específicas, el artículo 74 numeral primero, establece:

a. Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

b. Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;

c. Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del

mercado mayorista de energía y gas combustible.

d. Fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible; o delegar en las empresas distribuidoras, cuando sea conveniente dentro de los propósitos de esta ley, bajo el régimen que ella disponga, la facultad de fijar estas tarifas.

e. Definir las metodologías y regular las tarifas por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales y por el centro nacional de despacho.

## **8. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.**

Este ministerio fue creado inicialmente mediante la Ley 31 de 1923, como el Ministerio de Correos y Telégrafos, como un organismo encargado de fijar las políticas de planeación y desarrollo en los campos de la telegrafía y el correo. En 1953 y por Decreto 259 del 6 del febrero, el Gobierno Nacional determinó que a partir del 1 de febrero de 1953 el Ministerio de Correos y Telégrafos en adelante se denominaría Ministerio de comunicaciones, reestructurándolo y estableciendo su funcionamiento con base en los Departamentos de Correos, de Telecomunicaciones y Giros.

Con la expedición de la Ley 72 de 1989 y del Decreto Reglamentario 1900 de 1990, se estableció la desmonopolización del sector y se abrió la posibilidad de inversión de capital privado en empresas operadoras a nivel de servicios básicos de telefonía local, departamental y nacional. Desde el punto de vista técnico, este Decreto segregó por primera vez en la historia de las telecomunicaciones los conceptos de redes y servicios, los cuales a partir de ese momento, comenzaron a ser marco general de consideración de normas que en adelante se promulgarían

El Ministerio, a partir del año 2009, con la expedición de la Ley 1341, “por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones - tic-, se crea la agencia nacional de espectro y se dictan otras disposiciones”, el Ministerio de Comunicaciones pasó a llamarse Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Por medio de esta ley, determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, regulación, control y vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la Sociedad de la Información.

Por su parte el artículo décimo de la Ley 1341 de 2009, establece que una vez vigente, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico.

Como medidas de protección para los usuarios, el decreto establece que el Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Habeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/u operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones. Así mismo, el Ministerio en cuanto a la prestación de los servicios públicos. Esta sujeto a lo establecido en el artículo 67 de la Ley 42 de 1994, tal como se consignó anteriormente.

### **8.1 Comisión Reguladora de Telecomunicaciones CRC.**

De conformidad con el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, al igual que las demás comisiones la CRC tienen “la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad”.

La Comisión de Regulación de Comunicaciones antes Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, por disposición de la Ley 1341 de 2009, es el órgano encargado de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones; con el fin que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente, y refleje altos niveles de calidad.

La Comisión está integrada por el Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones quien la presidirá, el Director del Departamento Nacional de Planeación o el Subdirector como su delegado, y tres (3) comisionados de dedicación exclusiva, para períodos de tres (3) años, no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa. Los comisionados serán designados por el Presidente de la República los cuales podrán ser: abogados, ingenieros electrónicos o de telecomunicaciones o economistas. En todo caso, al menos un comisionado deberá ser ingeniero.

## **8.2. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios**

La Superintendencia de Servicios Públicos es un organismo de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial, creada por el artículo 370 de la Constitución Política de 1991, como una herramienta del Presidente de la República para ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten los servicios públicos domiciliarios.

La Superintendencia de Servicios Públicos, hacen parte del sector planeación, cuya función principal, como se dejó anotado es ejercer el control y vigilancia en la prestación de los servicios públicos y es la primera autoridad técnica y administrativa en el ramo del control, inspección y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, sus actividades complementarias e inherentes.

Sus funciones están contenidas en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001 y por el artículo 5 de la Decreto 990 de 2002. de esta manera la Superintendencia tiene entre otras las siguientes funciones.



1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los Comités Municipales de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos domiciliarios y sancionar sus violaciones.

3. Vigilar las empresas que no sean de servicios públicos en los términos del artículo 73, numeral 2 de la Ley 142 de 1994.

4. Adelantar las investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios e imponer las sanciones respectivas, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 142 de 1994.

5. Adelantar las investigaciones cuando las Comisiones de Regulación se lo soliciten en los términos del artículo 73.18 de la Ley 142 de 1994 e imponer las sanciones de su competencia. En este caso el Superintendente informará a las Comisiones de Regulación sobre el estado y avance de dichas investigaciones, cuando éstas así se lo soliciten.

6. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones

independientes.

7. Acordar programas de gestión con las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio, cuando así lo estime.

**9. Régimen especial de contratación para la prestación de servicios de Aseo, Acueducto y Alcantarillado.**

Ya hemos visto cual es régimen de contratación de las Empresas de Servicios Públicos Estatales o Mixtas, y que los servicios públicos domiciliarios por disposición de la Ley 142 de 1994, pueden ser prestados por personas de derecho público, mixtas o personas de derecho privado. En ese orden de ideas veremos a continuación porque régimen contractual se rigen los contratos para la prestación de estos servicios, haciendo distinción entre cada uno de ellos cuando el operador es un particular.

De esta manera, para la prestación de los servicios de aseo, acueducto y alcantarillado, existe un régimen contractual especial previsto en la Ley 142 de 1994, estableciendo en el parágrafo del artículo 31 que los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Para establecer el monto de las tarifas por concepto de de estos servicios públicos, las empresas deben someterse al régimen de regulación, definido por la respectiva Comisión de Regulación; de esta manera, de conformidad con el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva Comisión

para fijar sus tarifas de acuerdo con los estudios de costos, para fijar sus tarifas. La comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; e igualmente podrá definir las metodologías para la fijación de tarifas, si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

Así mismo, por disposición del artículo 90, los elementos de las fórmulas tarifarias, sin perjuicio de otras alternativas que puedan definir las Comisiones de regulación, incluyen un cargo por unidad de consumo, un cargo fijo y un cargo por aportes de conexión, cuyo cobro en ningún caso podrá contradecir el principio de la eficiencia, ni trasladar al usuario los costos de una gestión ineficiente o extraer beneficios de posiciones dominantes o de monopolio. En todo caso, la CRA, adoptó para todos los prestadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, en el territorio nacional, el régimen de libertad regulada que dentro del régimen de libertad regulada, las tarifas de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, son fijadas autónomamente por las Juntas Directivas de las personas prestadoras que presten los servicios o por quien haga sus veces, o por el alcalde del municipio cuando los servicios sean prestados directamente por la administración municipal, mediante la aplicación, para su cálculo, de las metodologías expedidas para tal efecto por la CRA.

Por otro lado, el valor de la remuneración para el concesionario prestador de los servicios público, es una tarifa porcentual que se calcula sobre los ingresos esperados derivados de la prestación de los servicios durante la vigencia del contrato y que opera como una tasa de descuento.

## **10. Régimen especial de contratación para la prestación de servicio de Energía eléctrica y Gas combustible.**

La prestación del servicio público domiciliario de energía y gas combustible, es competencia de los Municipios y Distritos. El régimen jurídico aplicable a estos actos es el contenido en la ley 142 de 1994 y 143 de 1994, y la reglamentación que sobre el particular establezca la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG. No obstante para su estudio, es pertinente tener presente si el servicio se va a prestar dentro de un Área de Servicio Exclusivo en Zonas no Interconectadas o no.

Para la prestación del servicio público en Área de Servicio Exclusivo la Ley 142 de 1994, en el artículo 40, establece que *“por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.*

*La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.*

Así mismo, en el artículo 174 establece: *Por motivos de interés social y con el propósito de que la utilización racional del recurso gas natural, permita la expansión y cobertura del servicio a las personas de*

*menores recursos, por un término de veinte (20) años, contados a partir de la vigencia de esta ley, el Ministerio de Minas y Energía podrá otorgar las áreas de servicio exclusivo para la distribución domiciliaria del gas combustible por red, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 40 de esta ley.*

*Es obligación del Ministerio de Minas y Energía, al estudiar y otorgar los contratos de que trata el presente artículo, contemplar que en dichas áreas se incluyan programas de masificación y extensión del servicio público de gas combustible en aquellos sectores cuyos inmuebles residenciales pertenezcan a la categoría I, II ó III de la estratificación socioeconómica vigente al momento de hacerse la instalación. En los contratos existentes al momento de entrar en vigencia la presente ley, el Ministerio de Minas y Energía propenderá porque las empresas contratistas alcancen los niveles de masificación deseables en cumplimiento del presente artículo.*

*Para la consecución de los objetivos establecidos en el presente artículo, se aplicarán los criterios establecidos en los artículos 97 y 99 de la presente ley.*

El Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil, sobre el régimen jurídico aplicable al contrato de prestación de servicio público de gas natural en áreas de zonas exclusiva estableció “que en cuanto al contenido del artículo 40 *ibídem*, titulado “*áreas de servicio exclusivo*”, se observa que su intención es facilitar que la cobertura de algunos servicios públicos incluido el de distribución domiciliaria de gas combustible por red, para que llegue efectivamente a las personas de menores ingresos, lo cual simplifica el proceso de contratación estatal introduciendo la “*invitación pública*”; así se establece una forma especial de contratación para prestar servicios a ciertas áreas geográficas.

Esta modalidad tiene las siguientes particularidades, siguiendo la descripción del artículo 40 mencionado:

- *“Establece áreas de servicio exclusivo en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado”.*
- *“Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio”.*
- *La “licitación pública” se sustituye por la “invitación pública” con el fin de facilitar una forma especial de contratación del servicio en determinados sectores.*
- *Además en estas divisiones territoriales “también podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio”.*

De acuerdo con lo analizado, los contratos que se suscriban con los fines señalados, por sus especiales características, se regulan de manera distinta a la generalidad de los contratos estatales. Ello es lo que se presenta en el texto del artículo 40 referido, conjuntamente con sus párrafos 1º y 2º, en los que además, se destaca el carácter extraordinario de esta clase de convenciones, se prevé una *“comisión de regulación”* (artículos 68, 69.2 y 74.1, *ibídem*) para que señale cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos y defina los lineamientos generales y las condiciones a las cuales éstos deben someterse y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verifique que ellas sean necesarias para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos para que se adopten los procedimientos propios de tales actuaciones.

Lo anterior significa que la comisión de regulación determina los reglamentos generales a que deben someterse los contratos relativos a áreas de servicio exclusivo, y luego estudia “antes de que se abra una licitación” el caso particular para establecer si se trata de un contrato del tipo de los comentados y verificado que ello es así, aplicar los reglamentos especiales. Sólo un alcance de la disposición semejante, explica que en una misma norma se establezca sistema distinto en la contratación estatal como es la “*invitación pública*” y al mismo tiempo se mencione la “*licitación pública*” buscando que, antes de efectuarse esta se compruebe la existencia de circunstancias propias de los contratos especiales referentes a áreas de servicio exclusivo, lo cual por lo demás se justifica procediendo de conformidad, constatada la presencia de tales características, con la formulación de la invitación pública, en lugar de la licitación pública.

En el mismo concepto, la Sala de Consulta y Servicio Civil, continúa explicando que en todo caso, “los lineamientos generales que la comisión de regulación tiene a su cargo determinar, deberán orientarse en los principios constitucionales que rigen la actividad económica y la iniciativa privada en el país, y en los desarrollos que de aquéllos hace la ley respetando el criterio de la especialidad. En cuanto las disposiciones especiales no hagan referencia a aspectos básicos esenciales al sistema de contratación, éstos deberán tomarse de los fundamentos que sobre la materia tiene establecidos el estatuto general de contratación administrativa (Ley 80 de 1993), como en el presente caso tiene que ocurrir en lo referente al equilibrio contractual que si bien puede entenderse que en forma general está comprendido en la reglamentación del Decreto 1051 de 1995, para citarlo expresamente debe recurrirse a los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993.

El Decreto 1051 de 1995 puntualiza los requisitos para que proceda la invitación pública y para que quienes estén interesados en la prestación del servicio público de gas combustible

por red en áreas de servicio exclusivo, presenten sus propuestas dentro de los términos y condiciones que se especifiquen en la convocatoria.

El estatuto dispone sobre el particular lo siguiente:

“Artículo 3°. *Iniciación del trámite.* Cuando el Ministerio de Minas y Energía considere que es procedente la celebración de contratos de áreas exclusivas para la prestación del servicio público de gas combustible por red, solicitara a la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, certificación de disponibilidad del gas combustible, presión, sitio y fecha de entrega. De igual forma, el Ministerio de Minas y Energía solicitara el pronunciamiento de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, relativo a la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos en el área respectiva.

De igual forma, el Ministerio de Minas y Energía mediante resolución invitará públicamente a los interesados, para que presenten las propuestas respectivas”.

Artículo 4°. *Contenido de la invitación o aviso público.* En el aviso público el Ministerio indicará –como mínimo – las áreas exclusivas a contratar, la disponibilidad y volumen de gas; la posible fecha de entrega del gas en puerta de ciudad o de sitio de entrega; la presión de entrega; la fecha y sitio donde se podrán adquirir los términos de referencia, su valor y el plazo para presentar las propuestas. Igualmente se señalará fecha y hora para que las personas que hayan adquirido los términos de referencia, soliciten información adicional, aclaraciones, presenten observaciones, que podrán ser acogidas a juicio del Ministerio.

Además de lo anterior la reglamentación se extiende a todos los aspectos relacionados con



los trámites previos a la celebración del contrato, sus cláusulas, perfeccionamiento y ejecución del mismo, y a otras situaciones relacionadas con la duración y vigilancia, organizando un método completo de contratación para áreas exclusivas en la prestación del servicio público de gas combustible por red.

En consecuencia, estos contratos se rigen conjuntamente por las disposiciones de la Ley 142 de 1994, los Decretos 1051 y 1167 de 1995 y las normas del derecho privado que gobiernan la contratación especial para la gestión de los servicios públicos de conformidad con el parágrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, ya mencionado.

Los Decretos 1051 y 1167 de 1995 establecen las exigencias para la contratación sobre áreas de servicio exclusivo y determinan la invitación pública como una nueva forma de carácter especial aplicable en estos trámites. Como los actos administrativos son obligatorios mientras no se anulen o suspendan, de conformidad con el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, la Sala estima que las normas en cuestión deben aplicarse”.

Por otro lado, para la prestación del servicio de energía el artículo 55 de la Ley 143 de 1994, establece:

*Artículo 55.- Mediante el contrato de concesión, la Nación, el departamento, el Municipio o Distrito competente podrán confiar en forma temporal la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad, a una persona jurídica privada o pública o a una empresa mixta, la cual lo asume por su cuenta y riesgo, bajo la vigilancia y el control de la entidad concedente.*

*La vigilancia y control del concedente no obsta para que el Ministerio de Minas y Energía, así*

*como otros organismos estatales ejerzan sus facultades legales de regulación, fiscalización, control y vigilancia.*

*El concesionario del servicio de electricidad deberá sujetarse a las disposiciones legales que le sean aplicables; y a lo dispuesto en el respectivo contrato de concesión.*

*El concesionario deberá reunir las condiciones que requiera el respectivo servicio, de acuerdo con los reglamentos que expida el Ministerio de Minas y Energía. El otorgamiento de la concesión se hará mediante oferta pública a quien ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas para el concedente y en beneficio de los usuarios.*

*Lo anterior, sin perjuicio de otras modalidades contractuales viables en concordancia con el artículo 10. de la presente Ley.*

El contrato de concesión establecerá claramente las condiciones de prestación del servicio; la forma y condiciones de remuneración para el concesionario, que se definirán teniendo en cuenta el servicio concedido; la duración y prórroga; la obligatoriedad de prestar el servicio a quien lo solicite en el caso de la interconexión, transmisión y distribución; las condiciones de sustitución por parte del concedente para asegurar la continuidad y regularidad del servicio; las causales de terminación anticipada; las indemnizaciones; las causales para declarar la caducidad y los efectos de la misma; las sanciones por incumplimiento; la liquidación de bienes; las normas aplicables; y en general, todos aquellos aspectos que permitan preservar los intereses de las partes, dentro de un sano equilibrio. (Art. 58 Ley 143 de 1994)

La remuneración del contrato de concesión consiste en las tarifas o precios que los usuarios de los servicios pagan directamente a los concesionarios, las cuales son fijadas de acuerdo con las disposiciones establecidas en la presente ley.

Cuando, por razones ajenas a la voluntad del concesionario, no se pudieren fijar las tarifas en niveles que permitan recuperar los costos económicos de prestación del servicio en condiciones óptimas de gestión, el concedente deberá reconocer la diferencia entre los valores correspondientes a la prestación con tales costos y los valores facturados con las tarifas que efectivamente se apliquen. (Art. 60 de la Ley 143 de 1994).

El término de duración del contrato de concesión será fijado, en cada caso, por la entidad concedente y no podrá exceder de treinta (30) años, contados desde la fecha fijada contractualmente o, a falta de ella, desde el momento del perfeccionamiento del contrato. Así mismo, el concesionario podrá solicitar su renovación hasta por veinte (20) años, con una anticipación no mayor de treinta y seis (36) meses ni menor de doce (12) meses al vencimiento del plazo del contrato. El concedente resolverá sobre el otorgamiento de la prórroga dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición, atendiendo a criterios técnicos, económicos, operativos y ambientales. (Art. 62 de la Ley 143 de 1994).

Con el fin de asegurar la continuidad, calidad y regularidad del servicio, el concedente podrá sustituir al concesionario en su prestación, realizándola por sí mismo o mediante terceros, en el evento en que se haya suspendido, o se tema razonablemente que se pueda suspender, previo concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La sustitución deberá ser una medida temporal y cuando el concesionario se halle en condiciones de prestar nuevamente el servicio podrá ser restituido; en caso contrario, se decretará la terminación del contrato. (Art. 63 de la Ley 143 de 1994).

A la terminación de la concesión deben revertir a la entidad concedente todos los bienes señalados en el contrato para tal fin, mediante el reconocimiento y pago al concesionario del valor de salvamento de las instalaciones para los casos contemplados en los contratos respectivos, determinados por peritos designados, uno por cada una de las partes y un tercero de común acuerdo entre los dos anteriores. (Art. 65 de la Ley 143 de 1994).

## **11. Régimen especial de los contratos para la Generación, Transmisión y Distribución de energía eléctrica.**

El régimen jurídico especial para estos contratos está contenido principalmente en la ley 143 de 1994, *“por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”*, actividades estas que, de conformidad con el artículo primero de la misma Ley, constituyen las actividades del sector.

Para la suscripción y ejecución de estos contratos es necesario que el agente económico interesado demuestre ante el Estado tener la experiencia en relación con las mismas, la capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para desarrollar el objeto del contrato, el cual se regirá por la Ley 143 de 1994, las normas de derechos privado y en las disposiciones especiales según la naturaleza jurídica del contrato.

Así mismo, para el desarrollo de estos contratos es necesario tener en cuenta las siguientes definiciones consignadas en el artículo 11 de la Ley 143 de 1994:

**Artículo 11.** Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones generales:

Sistema interconectado nacional: es el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios.

Red nacional de interconexión: conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, incluyendo las interconexiones internacionales, destinadas al servicio de todos los integrantes del sistema interconectado nacional.

Redes regionales o interregionales de transmisión: conjunto de líneas de transmisión y subestaciones, con sus equipos asociados, destinadas al servicio de un grupo de integrantes del sistema interconectado nacional dentro de una misma área o áreas adyacentes, determinadas por la comisión de regulación de energía y gas.

Redes de distribución: conjunto de líneas y subestaciones, con sus equipos asociados, destinados al servicio de los usuarios de un municipio o municipios adyacentes o asociados mediante cualquiera de las formas previstas en la Constitución Política.

Reglamento de operaciones: conjunto de principios, criterios y procedimientos establecidos para realizar el planeamiento, la coordinación y la ejecución de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía eléctrica. El reglamento de operación comprende varios documentos que se organizarán conforme a los temas propios del funcionamiento del sistema interconectado nacional.

Mercado mayorista: es el mercado de grandes bloques de energía eléctrica, en que generadores y comercializadores venden y compran energía y potencia en el sistema interconectado nacional, con sujeción al reglamento de operación.

Libertad regulada: régimen de tarifas mediante el cual la Comisión de Regulación de Energía y Gas fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de electricidad podrán determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos.

Comercialización: actividad consistente en la compra de energía eléctrica y su venta a los usuarios finales, regulados o no-regulados, que se sujetará a las disposiciones previstas en esta Ley y en la de servicios públicos domiciliarios en lo pertinente.

Usuario regulado: persona natural o jurídica cuyas compras de electricidad están sujetas a tarifas establecidas por la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Usuario no-regulado: persona natural o jurídica, con una demanda máxima superior a 2 Mw por instalación legalizada, cuyas compras de electricidad se realizan, a precios acordados libremente. La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá revisar dicho nivel, mediante resolución motivada.

Operación integrada: es la operación óptima que se adelanta por dos o más sistemas independientes.

Autogenerador: aquel generador que produce energía eléctrica exclusivamente para atender

sus propias necesidades.

Centro regional de despacho: es un centro de supervisión y control de la operación de las redes, subestaciones y centrales de generación localizadas en una misma región, cuya función es la de coordinar la operación y maniobras de esas instalaciones, con sujeción en lo pertinente, a las instrucciones impartidas por el Centro Nacional de Despacho, en desarrollo de las previsiones contenidas en el Reglamento de Operación, con el fin de asegurar una operación segura y confiable del sistema interconectado.

Centro Nacional de Despacho: es la dependencia encargada de la planeación, supervisión y control de la operación integrada de los recursos de generación, interconexión y transmisión del sistema interconectado nacional.

Está igualmente encargado de dar las instrucciones a los Centros Regionales de Despacho para coordinar las maniobras de las instalaciones con el fin de tener una operación segura, confiable y ceñida al reglamento de operación y a todos los acuerdos del Consejo Nacional de Operación.

Consumo de subsistencia: se define como consumo de subsistencia, la cantidad mínima de electricidad utilizada en un mes por un usuario típico para satisfacer necesidades básicas que solamente puedan ser satisfechas mediante esta forma de energía final. Para el cálculo del consumo de subsistencia sólo podrá tenerse en cuenta los energéticos sustitutos cuando éstos estén disponibles para ser utilizados por estos usuarios.

Zonas no interconectadas: área geográfica en donde no se presta el servicio público de electricidad a través del Sistema Interconectado Nacional.

Cuando fuere necesario, la interpretación y aplicación de estas definiciones las hará la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Para este servicio público es pertinente aclarar que las actividades del sector no pueden ser prestadas por un solo operador, con excepción de la comercialización que si puede ser prestada en combinación con cualquier otra actividad.

Para la prestación de este servicio público, existe libre iniciativa privada; es decir que los agentes económicos son libres de elegir si desean prestar el servicio público de generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica y desarrollar sus funciones; pero dentro de los principios que regulan la libre competencia de conformidad con la Constitución y la Ley. No obstante, para operar es necesario que estas personas obtengan previamente los permisos y licencias respectivas de las autoridades competentes además de aquellas exigidas en materia ambiental.

De otro lado, en caso de no existir en el mercado personas que por iniciativa propia deseen prestar estos servicios, las autoridades territoriales competentes o la Nación podrán otorgar concesiones en donde se le otorgue a una persona que bien puede ser de derecho privado, público o mixta la prestación de este servicio por su cuenta y riesgo y bajo el control y vigilancia de la entidad concedente mediante invitación pública; de tal manera que cuando el Estado decida convocar a los diferentes agentes económicos para que en su nombre desarrollen cualquiera de las actividades del sector reguladas por la Ley 143 de 1994, éstos deberán demostrar experiencia en la realización de las mismas y tener capacidad técnica, operativa y financiera suficiente para suscribir los contratos necesarios para ello.



La Ley 143 de 1994, establece la competencia de los entes territoriales para el otorgamiento de los contratos de concesión, estableciendo que le corresponde a la Nación, los relacionados con la generación, interconexión y redes de transmisión entre regiones; a los departamentos, lo concerniente a las redes regionales de transmisión; y al municipio, lo atinente a la distribución de electricidad. Así mismo, la Ley autoriza a la Comisión de Regulación de Energía y Gas para precisar el alcance de las competencias señaladas.

## **12. Régimen especial de los contratos para la exploración y explotación de gas combustible.**

La Constitución Política de Colombia en el artículo 101, define el territorio nacional y establece en el inciso final que también hará parte del territorio el subsuelo, para luego en el artículo 102 establece que el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación, para terminar estableciendo en el capítulo *“del régimen económico y de la hacienda pública”*, en el artículo 332 que *“el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables”*.

Conforme a lo anterior, mediante la Ley 20 de 1969 y el Decreto Legislativo 2310 de 1974, se le otorgó a ECOPETROL, la función de exploración y explotación de los hidrocarburos de propiedad de la Nación que para tal fin podría hacerlo directamente o mediante la celebración de contratos de asociación, operación o servicios celebrados con terceros, régimen que estuvo vigente hasta el año 2003, pero que aun subsisten yacimientos de gas natural que son explotados bajo esta modalidad contractual.

En el régimen contractual anterior al año 2003, “desde el punto de vista de la competencia en el mercado de gas natural, de este esquema se destaca: 1) la obligación de asociación con

ECOPETROL, que incrementa la concentración de la participación en el mercado en un solo agente, reduciendo las posibilidades de promover la competencia; 2) que el contrato de asociación (Cláusula 14) establece la posibilidad de que cada uno de los socios comercialice de manera independiente el gas de su propiedad; 3) que no se contaba con periodos de explotación de gas natural acordes con el desarrollo del mercado; 4) que el administrador del recurso natural era ECOPETROL, acentuando la posición privilegiada en el mercado; y 5) que la comercialización de las regalías de gas las efectuaba ECOPETROL, acentuando la concentración del mercado mayorista de gas en esta empresa”.

Para el año 2003, se expide el Decreto 1760 del 2003 *“Por el cual se escinde la Empresa Colombiana de Petróleos, Ecopetrol, se modifica su estructura orgánica y se crean la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la sociedad Promotora de Energía de Colombia S. A.”*, sustituyendo a su vez el esquema contractual que se venía manejando en el país, que anteriormente era manejado por ECOPETROL, por un esquema donde predomina la libre competencia entre los agentes económicos del mercado. En ese sentido, ECOPETROL entra en el mercado como un agente más a competir en igualdad de condiciones con otras empresas del sector, con la única función de explorar, producir, transportar, refinar y comercializar hidrocarburos.

Ahora bien, mediante la misma disposición se crea la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, como una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, sometida al régimen jurídico contenido en el presente decreto y, en lo no previsto en él, al de los establecimientos públicos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 489 de 1998 y en las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen, cuyo objetivo principal es la administración y regulación integral de las reservas de hidrocarburos de propiedad de la Nación.

En este contexto, la entidad competente para celebrar estos contratos será entonces la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH, como se establece en los numerales primero y tercero del artículo 5 del decreto 1760 de 2003:

*5.1 Administrar las áreas hidrocarburíferas de la Nación y asignarlas para su exploración y explotación.*

*5.3 Diseñar, promover, negociar, celebrar, hacer seguimiento, y administrar los nuevos contratos de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, en los términos del artículo 76 de la Ley 80 de 1993 y las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen.*

Dentro de esos contratos que la ANH, puede celebrar se encuentra por su puesto los contratos para la exploración y explotación de gas combustible, el cual se encuentra sometido a un procedimiento específico de contratación establecido en el Acuerdo 08 del 3 de mayo de 2004 de la ANH.

El procedimiento de contratación establecido por ANH, para otorgar áreas para la exploración y explotación a través de un contrato de exploración y explotación es el siguiente.

**-Mediante contratación Directa:** Mediante este procedimiento se aplicará el principio de “primero que llegue, primero que se atiende”, con el propósito de establecer el orden de prioridad para iniciar la negociación de un contrato sobre un área libre. De acuerdo con el orden cronológico de recibo de propuestas de contratación admitidas.

**-Contratación por proceso competitivo:** Mediante este procedimiento se consideran propuestas de contratación en igualdad de condiciones en cuanto a su fecha de recibo, durante un plazo específico según lo establezca la Agencia Nacional de Hidrocarburos y aplicará para las áreas liberadas. La ANH iniciará el proceso de negociación con el proponente cuya propuesta de contratación sea admitida y aceptable.

**-Solicitud de ofertas:** Mediante este procedimiento se invita a un número plural de proponentes para que, en igualdad de condiciones, presente sus propuestas de contratación y se seleccione objetivamente entre ellas la más favorable. Este procedimiento aplicará para aquellas áreas que definidas por la ANH como áreas especiales y sus condiciones se establecerán en el momento de abrir el respectivo proceso.

**-Nominación abierta de áreas:** Mediante este procedimiento, un nominador presenta una propuesta sobre un área designada para el propósito, en los términos del numeral 10 del Artículo 2º del Acuerdo 008 de 2004, que por este Acuerdo se adiciona, para la celebración de un contrato de Exploración y Producción –E&P- o un Contrato de Evaluación Técnica –TEA-, según sea el caso, con un programa de trabajo aceptable para la ANH. La ANH publicará en la página WEB de la Agencia, durante treinta (30) días calendario, el área denominada y el programa de trabajo propuesto, sin indicar el nombre del nominador, para que terceros proponentes presenten ofertas. Cumplido el periodo de los treinta (30) días, la ANH procederá a la apertura y evaluación de las propuestas, de

conformidad con el procedimiento señalado en el Acuerdo 008 de 2004 y sus Acuerdos modificatorios. (Capacidad para Contratar, Jurídica, Técnica, Financiera y Operacional). A la(s) propuesta(s) que acredite (n) las capacidades de que trata el referido reglamento, se le(s) evaluará el programa de trabajo, para elegir la que presente el mejor programa. Si la propuesta con el mejor programa no es la del nominador, éste tendrá opción de igualarla y suscribir el respectivo contrato. Parágrafo: En el evento en que el nominador no ejerciere su derecho a igualar y se presentase algún empate en la evaluación de las propuestas allegadas, se seguirá el procedimiento establecido en el Artículo 15 del Acuerdo 008 de 2004; es decir, que la ANH seleccionará al Proponente que obtenga la mejor calificación de Capacidad Operacional (Artículo 23 del Acuerdo 008 de 2004). Si persiste el empate, se escogerá al proponente por sorteo efectuado en presencia de los proponentes.

**Nominación cerrada de áreas:** Mediante este procedimiento, el nominador presenta una propuesta sobre un área designada para el propósito, en los términos del numeral 10 del Artículo 2º del Acuerdo 008 de 2004, que por este Acuerdo se adiciona, para la celebración de un contrato de Exploración y Producción –E&P- o un Contrato de Evaluación Técnica –TEA-, según sea el caso, sin revelar el programa de trabajo. La ANH publicará en la página Web de la Agencia el área nominada, indicando el nombre del nominador, y establecerá un plazo de treinta (30) días calendario para que el nominador o cualquier proponente interesado presenten una única oferta sobre el área nominada. Cumplido el período de treinta (30) días, la ANH procederá a la apertura y evaluación de las

propuestas, de conformidad con el procedimiento señalado en el Acuerdo 08 de 2004 y sus Acuerdos modificatorios (Capacidad para Contratar, Jurídica, Técnica, Financiera y Operacional). A la(s) propuesta(s) que acrediten las capacidades de que trata el referido reglamento, se les evaluará el programa de trabajo para elegir la que presentó el mejor programa. Si el programa de trabajo de la mejor propuesta es aceptable para la ANH, se le adjudicará el área. En caso contrario se solicitará una mejora. De no llegar a un acuerdo, se llamará a negociar al siguiente Proponente en orden de elegibilidad. El nominador no tendrá derecho a igualar, en caso de que la mejor propuesta no fuese la suya. **PARÁGRAFO:** En caso de presentarse empate en la evaluación de las propuestas presentadas, se seguirá el procedimiento establecido en el Artículo 15 del Acuerdo 008 de 2004; es decir, que la ANH seleccionará al Proponente que obtenga la mejor calificación de Capacidad Operacional (Artículo 23 del Acuerdo 008 de 2004). Si persiste el empate, se escogerá al Proponente por sorteo efectuado en presencia de los Proponentes.

“Del nuevo esquema es relevante destacar los siguientes efectos para el mercado de gas natural:

Se definieron las condiciones especiales para la exploración y explotación de yacimientos de gas natural, en consistencia con el desarrollo del mercado.

La participación de ECOPETROL en los contratos de explotación no es obligatoria, por lo tanto, presumiblemente en el futuro existirá un mayor número de agentes productores para la comercialización de las reservas de los nuevos

descubrimientos.

Si la ANH ejerce la potestad de recaudar en especie el volumen de gas de regalías para su posterior comercialización, podría existir un agente más en el mercado de suministro de gas.

La CREG deja de ser la autoridad competente para definir esquemas de venta del gas natural de regalías, como el establecido en el Artículo 158 de la Resolución CREG 057 de 1996”.

### **13. Régimen especial de contratos de telefonía pública básica conmutada.**

El régimen especial contratación para los servicios de telefonía pública básica conmutada TPBC, estaba contenido en las disposiciones sobre la materia de la ley 142 de 1994, pero con la expedición de la Ley 1341 de 2009 *“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”*, el inciso tercero del artículo 73 sobre las vigencias y derogatorias, estableció que *“a las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4º sobre carácter esencial, 14 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio*

*público”.*

No obstante lo anterior, la reglamentación sobre la materia esta contenida en una resolución de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones, anterior a la expedición de la Ley 1341 de 2009, pero que aun continúa vigente. Esta resolución es la 575 de 2002 *“Por la cual se modifica la numeración de la Resolución CRT 087 de 1997 y se actualizan sus modificaciones en un solo cuerpo resolutivo”*, la resolución 087 de 1997 por su parte, regula en forma integral los servicios de telefonía pública básica conmutada TPBC en Colombia.

En ese orden de ideas, la resolución 572 de 2002 establece como objetivos de los servicios TPBC que estos *“deberán ser utilizados como instrumento para impulsar el desarrollo político, económico y social del país con el objeto de elevar el nivel y la calidad de vida de los habitantes en Colombia. Los servicios de TPBC serán utilizados responsablemente para contribuir a la defensa de la democracia, a la promoción de la participación de los colombianos en la vida de la Nación y la garantía de la dignidad humana y de otros derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, y para asegurar la convivencia pacífica”* y que así mismo, *“el establecimiento, instalación, expansión, modificación, ampliación, renovación y utilización de la red de telecomunicaciones del Estado o de cualquiera de sus elementos, constituyen motivos de utilidad pública e interés social”*.

Los servicios de TPBC, se clasifican de la siguiente manera:

**1. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local (TPBCL):** Es el servicio de TPBC uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la Red Telefónica Conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio.



**2. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada Local Extendida (TPBCLE):**

Es el servicio de TPBC prestado por un mismo operador a usuarios de un área geográfica continúa conformada por municipios adyacentes, siempre y cuando ésta no supere el ámbito de un mismo Departamento.

**3. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia**

**(TPBCLD):** Es el servicio de TPBC que proporciona en sí mismo capacidad completa de comunicación telefónica entre usuarios de distintas redes de TPBCL, TPBCLE y TMR del País, o entre un usuario de la RTPC en Colombia y un usuario situado en un país extranjero. Este servicio comprende los servicios de TPBCLDN y TPBCLDI.

**4. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia Nacional**

**(TPBCLDN):** Es el servicio de TPBC que proporciona en sí mismo capacidad completa de comunicación telefónica entre usuarios de distintas redes de TPBC local y/o local extendida del País

**5. Servicio de Telefonía Pública Básica Conmutada de Larga Distancia**

**Internacional (TPBCLDI):** Es el servicio de TPBC que proporciona en sí mismo capacidad completa de comunicación telefónica entre un usuario de la RTPC en Colombia y un usuario situado en un país extranjero.

**6. Servicio de Telefonía Local Móvil en el Sector Rural (TMR):**

Es la actividad complementaria del servicio de TPBCL que permite la comunicación a usuarios ubicados fuera de la cabecera municipal, o en un municipio con población total menor a 7,000 habitantes de acuerdo con el censo realizado en 1993, o en un corregimiento departamental, con cualquier usuario ubicado dentro del mismo municipio.

Para la prestación los servicios TPBCL, TPBCLE y TMR no es necesario la celebración de contrato alguno, de tal manera que para la prestación de estos servicios en los respectivos municipios sólo es necesario los permisos licencias establecidas en el artículo 26 de la 142 de 1994, el cual establece que: *“en cada municipio, quienes prestan servicios públicos estarán sujetos a las normas generales sobre la planeación urbana, la circulación y el tránsito, el uso del espacio público, y la seguridad y tranquilidad ciudadanas; y las autoridades pueden exigirles garantías adecuadas a los riesgos que creen. Los municipios deben permitir la instalación permanente de redes destinadas a las actividades de empresas de servicios públicos, o a la provisión de los mismos bienes y servicios que estas proporcionan, en la parte subterránea de las vías, puentes, ejidos, andenes y otros bienes de uso público. Las empresas serán, en todo caso, responsables por todos los daños y perjuicios que causen por la deficiente construcción u operación de sus redes. Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia”.*

Por el contrario, para la prestación de los servicios de TPBCLD, es necesario que el Ministerio de las Tecnologías de la Información y Comunicaciones mediante un contrato de concesión autorice al operador para la prestación de estos servicios. En ese sentido, el artículo 10 de la Ley 1341 de 2010 establece que a partir de la vigencia de la presente ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, que es un servicio público bajo la titularidad del Estado, se habilita de manera general, y causará una contraprestación periódica a favor del Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Esta habilitación comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público. La habilitación a que hace referencia el presente artículo no incluye el derecho al

uso del espectro radioeléctrico.

En todo caso, en virtud de lo establecido por la Ley 1341 de 2010, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones llevará el registro de la información relevante de redes, habilitaciones, autorizaciones y permisos conforme determine el reglamento. Deben inscribirse y quedar incorporados en el Registro los proveedores de redes y servicios, los titulares de permisos para el uso de recursos escasos, indicando sus socios; que deberán cumplir con esta obligación incluyendo y actualizando la información periódicamente. En el caso de las sociedades anónimas sólo se indicará su representante legal y los miembros de su junta directiva. Este registro será público y en línea, sin perjuicio de las reservas de orden constitucional y legal. Con el registro de que aquí se trata, se entenderá formalmente surtida la habilitación a que se refiere el artículo 10 de la presente ley.

Por último, para la operación de este servicio, igualmente se han dispuestos algunas normas para la integración de las empresas que presten los distintos servicios de TPBC; en este caso, todos los operadores de TPBC podrán prestar simultáneamente servicios de TPBCL, TPBCLE, TMR y TPBCLD, previo cumplimiento de las siguientes reglas:

1. Tener unidades completamente diferenciadas por servicio, de conformidad con lo establecido en la presente Resolución. Los servicios de TPBCL, TPBCLE y TMR podrán pertenecer a una misma unidad dentro del mismo departamento, que a su vez debe estar diferenciada de la de TPBCLD.
2. Tener la contabilidad separada por servicios, una para TPBCLD y otra para los servicios

de TPBCL, TPBCLE y TMR, de tal manera que se diferencien los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos entre los diferentes servicios.

3. Dar cumplimiento a la diferenciación técnica en los términos de la Regulación.

4. En el evento en que un operador de TPBCLD curse más del sesenta (60%) por ciento del tráfico saliente, ya sea nacional o internacional, generado por los usuarios de algunos de los operadores de TPBCL o TPBCLE que sean sus socios o que pertenezcan al mismo operador, la CRT podrá someter a vigilancia especial a dichos operadores. De establecerse que esta participación se obtuvo por prácticas restrictivas de la competencia, se solicitará a la SSPD la imposición de las sanciones respectivas y sus tarifas se someterán al régimen de libertad regulada.

5. Los operadores que presten el servicio con integración vertical deberán cumplir las demás disposiciones sobre competencia contenidas en la Regulación.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **REGÍMENES ESPECIALES DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES.**

Continuando con el estudio de los regímenes especiales de contratación, pasamos ahora a desarrollar lo atinente a los regímenes especiales de los servicios públicos que la doctrina ha denominado Industriales y comerciales por estar destinados a actividades de comercio que atienden necesidades de interés general o que tienen un fin meramente lucrativo y no el de satisfacer necesidades colectivas. Entre estos servicios encontramos: los servicios públicos postales, los servicios y actividades de telecomunicaciones, la telefonía móvil celular, los

servicios de telefonía de servicios de comunicación personal, los servicios de Televisión, los servicios de transporte público y los servicios de puertos, aeropuertos y terminales terrestres.

Vale la pena hacer este estudio con el fin de conocer cada uno de los regímenes que rigen la contratación de la prestación de estos servicios y que este sirva como herramienta para un adecuado control fiscal de legalidad a la actividad contractual del estado al permitir determinar y verificar que su adjudicación, perfeccionamiento, legalización y liquidación se haya realizado conforme a las normas que le son aplicables; determinando puntos de control en cada una de las fases de estos contratos estatales.

De esta manera, en la fase precontractual se podrán identificar puntos de control para determinar que el sistema de selección utilizado ha sido el adecuado, la consistencia de la valoración de la propuesta según los criterios de ponderación que tiene cada régimen, la pertinencia y procedencia de selección directa, la comprobación de inhabilidades e incompatibilidades de los contratistas, etc.

De igual forma en la fase de suscripción del contrato se podrán identificar puntos de control relacionados con la comprobación de las formalidades del contrato según su régimen de contratación, la verificación de las garantías y sus montos y en la etapa de ejecución la calidad de los servicios contratados, el adecuado registro contable de las operaciones y bienes relacionados con el contrato, la consistencia de los pagos efectuados según lo señalado en el respectivo régimen, lo pactado y los servicios entregados, el cumplimiento oportuno en la ejecución del contrato, el análisis de los costos y beneficios relacionados con la ejecución así como la justificación de las prorrogas, adiciones y reajustes de precios autorizados.

## **1. De los contratos de concesión y licencias para la prestación de servicios públicos postales.**

Los servicios postales desde principios de siglo XX han constituido un monopolio estatal, como bien los señalaba el artículo 17 de la ley 76 de 1914, el cual estableció que el servicio de correos de Colombia correspondían exclusivamente al Gobierno Nacional, al definirlo como servicio público de exclusiva prestación estatal; titularidad que se ha mantenido hasta nuestros días, sin importar que estos servicios sean denominados de correo o postales; pues los cambios que han introducido las normas posteriores, (tales como la ley 80 de 1993), están relacionadas con la posibilidad de que los particulares puedan prestar tal servicio, mediante un régimen de concesión o licencia bajo la vigilancia, inspección y control del Estado, sin que en ningún momento haya cambiado la reserva estatal de los servicios postales.

Por su parte, el artículo 37 de la ley 80 de 1993 ha señalado que los servicios públicos postales están comprendidos por la prestación de los servicios de correo y la del servicio de mensajería especializada. De igual manera el decreto 229 de 1995 ha señalado que se entiende por servicios postales el servicio público de recepción, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, indicando que estos servicios comprenden la prestación del servicio de correos nacionales e internacionales y del servicio de mensajería especializada.

Como metodología para el desarrollo de este capítulo y con el fin de comprender adecuadamente como opera el régimen de concesión y licencia de estos servicios, primero indicaremos como la normatividad colombiana ha definido estos servicios, para luego pasar

a exponer cual es el régimen mediante el cual el Estado involucra a los particulares en la prestación de los servicios postales y determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad.

## **1.1 Correo Ordinario.**

De acuerdo a lo señalado en el inciso segundo del artículo 37 de la ley 80 de 1993 se entiende por servicio de correo *“la prestación de los servicios de giros postales y telegráficos, así como el recibo, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, transportados vía superficie y aérea, dentro del territorio nacional”*. Indicando que *“el servicio de correo internacional se prestará de acuerdo con los convenios y acuerdos internacionales suscritos con la Unión Postal Universal y los países miembros”*.

Estos servicios de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4° del decreto 229 de 1995 pueden ser prestados por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, debidamente autorizadas por concesión otorgada mediante contrato, por el Ministerio de Comunicaciones vía superficie y / o aérea, a través de la red oficial de correos, dentro del territorio nacional e internacional.

Con relación a la prestación del servicio de correo nacional, establece el párrafo primero de la norma en mención que éste incluye el servicio de correos urbanos, entendido aquel como el que es prestado en el mismo municipio, área metropolitana o distrito de admisión de los envíos.

Por su parte el Ministerio de Comunicaciones por mandato del párrafo tercero *Ibíd*

debe determina las zonas y rutas de correo social, rural y urbano, donde no resulte económicamente posible la prestación del servicio con el fin de contratar, con cargo al fondo de comunicaciones, la prestación de este servicio con el concesionario de correo que ofrezca mejores condiciones económicas y de calidad, dadas las tarifas fijadas por el ministerio.

## **1.2. Servicios especiales y financieros de correos.**

Los servicios especiales de correos de acuerdo a lo señalado en el artículo 5 del decreto 229 de 1995, comprenden los servicios tradicionales de correo recomendado o certificado, asegurado, de entrega inmediata, de correo expreso, apartados postales, lista de correos, respuesta comercial, acuse de recibo, cupón de respuesta internacional, solicitud de devolución o modificación de dirección, almacenaje, así como los nuevos servicios que implementen los concesionarios en orden a ofrecer un servicio de alta calidad que satisfaga los requerimientos de los usuarios.

Estos servicios al igual que los financieros de correos, por mandato de la mencionada norma estarán a cargo de los concesionarios de los servicios de correos que, serán prestados por los concesionarios de los servicios de correos.

## **1.3. Mensajería Especializada.**



Con relación al servicio de mensajería especializada, el inciso tercero del artículo 37 de la ley 80 de 1993 señala: *“se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal prestado con independencia a las redes postales oficiales del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección y entrega personalizada de los objetos transportados, vía superficie y aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.”* las características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada, se encuentran reglamentadas en el parágrafo del artículo 6 del Decreto 229 de 1995, las cuales son:

Registro individual de cada envío. Todo envío de mensajería especializada debe tener un número de identificación individual;

Recolección a domicilio. Si el cliente lo solicita, el servicio de mensajería debe efectuar la recolección en el domicilio del usuario o cliente solicitante;

Admisión. El servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión o guía, por cada envío, en el cual debe constar:

- Número de identificación del envío.

- Fecha y hora de admisión.

- Peso del envío en gramos.

- Valor del servicio.

- Nombre y dirección completa del remitente y destinatario.

-Fecha y hora de entrega;

Curso del envío. Todo envío de mensajería debe cursar, con una copia del recibo de admisión o guía, adherido al envío;

Tiempo de entrega. Los envíos de mensajería especializada se caracterizan por la rapidez en la entrega. El servicio de mensajería debe prestarse en condiciones normales con unos tiempos de entrega no superiores a: Veinticuatro (24) horas en servicio urbano. Cuarenta y ocho (48) horas en servicio nacional a cualquier lugar del país. Noventa y seis (96) horas en servicio internacional, y

Prueba de entrega. El cliente usuario del servicio de mensajería especializada, puede exigir la prueba de entrega del envío, donde consta fecha y hora de entrega y firma e identificación de quien recibe.

Habiendo definido los servicios postales pasamos a indicar cual es el régimen que ha establecido la ley para la concesión y licencias de estos servicios, de esta manera tenemos que el parágrafo 1° del artículo 37 de la ley 80 de 1993, ha señalado que los servicios de correo se concederán mediante contrato a través del procedimiento de selección objetiva de que trata dicha ley, y que la prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia.

#### **1.4 Contratos de concesión para el servicio de correos.**

La prestación del servicio de correo nacional vía superficie y aérea, de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de decreto 229 de 1995 (reglamentario del artículo 37 de la ley 80 de 1993) se concederá mediante contrato con personas naturales o jurídicas, a través de licitación conforme a la estructura procedimental de selección objetiva y con arreglo a los principios de transparencia, y responsabilidad, de que trata la Ley 80 de 1993.

Para la adjudicación indica el mencionado decreto que esta se hará en consideración a factores tales como infraestructura física y técnica, organización administrativa y operativa, calidad y cobertura del servicio; para tal efecto el Ministerio de Comunicaciones dentro del pliego de condiciones de la licitación debe establecer las calidades y requisitos de los concesionarios y las condiciones del servicio de correo nacional, teniendo en cuenta, entre otros factores:

- Debe tratarse de personas jurídicas cuyo objeto social incluya la prestación de servicios postales.

- El concesionario no debe estar incurso en las causales de incompatibilidad, inhabilidad y prohibiciones contempladas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

Los proponentes deberán cumplir al menos con las siguientes condiciones:

- Cobertura del servicio. Los proponentes deberán garantizar la prestación del servicio en todo el territorio nacional, de acuerdo con los planes de cubrimiento establecidos por el Ministerio de Comunicaciones;

-Calidad del servicio. Los proponentes deberán cumplir como mínimo con las especificaciones de calidad que establezca el Ministerio de Comunicaciones;

-Organización administrativa y operativa. Los proponentes deberán acreditar que disponen de una organización administrativa y operativa que les permita prestar el servicio de manera adecuada;

-Infraestructura física y técnica. Los proponentes deberán contar con la infraestructura física y técnica necesaria que les permita dar cumplimiento a los servicios que ofrezcan, y,

-Red Postal. Los proponentes deberán acreditar la disponibilidad de una red postal y el correspondiente plan de admisión, clasificación, transporte y entrega de los envíos.

Por otra parte, establece el mencionado decreto en su artículo 15 que la Administración Postal Nacional (ADPOSTAL), prestará el servicio de correos nacional e internacional, a través de concesiones que le otorgará el Ministerio de Comunicaciones, mediante contratación directa.

Frente a este aspecto es importante tener en cuenta que con ocasión de la reestructuración realizada a ADPOSTAL ordenada por el Decreto 2124 de 1992, el presidente de la república a través del Decreto No. 4310 de 2005, autorizó a la Administración Postal Nacional a constituir una sociedad filial, conforme al artículo 49 de la Ley 489 de 1998 el cual dispone que las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las

sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal.

De esta manera, luego de agotado el mencionado tramite, mediante escritura pública No. 2428, del 25 de noviembre de 2005, otorgada en la Notaría Cincuenta del Círculo de Bogotá, se constituyó una sociedad filial de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio De Comunicaciones, bajo la modalidad de sociedad anónima, denominada Servicios Postales Nacionales S.A., gozando de autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal; ejerciendo sus actividades dentro del ámbito del derecho privado, como empresario mercantil; y sujetando su funcionamiento, organización y régimen jurídico de actos, contratos, servidores y relaciones con terceros a las disposiciones estipuladas en los Numerales 1,2,4 y 6 del artículo 94 de la Ley 489 de 1998 relacionados con el régimen de las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado.

Posteriormente el 25 de agosto de 2006 el presidente de la república mediante Decreto 2853 de 2006, en uso de sus facultades Constitucionales y legales, en especial las concedidas en el Numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política, en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998 y de conformidad con el Decreto Ley 254 de 2000, procedió a la supresión y liquidación de ADPOSTAL.

Igualmente en la misma fecha en pro de garantizar la continuidad en la prestación del servicio postal y teniendo en cuenta el artículo 4 del Decreto 2853 de 2006 (en especial los Numerales 2 y 7) el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2854 de 2006, por medio del

cual designa a la sociedad Servicios Postales Nacionales S.A., como la encargada de llevar a cabo todas las actividades relacionadas con la prestación de los servicios Postales, convirtiéndose así en el Operador Postal Oficial.

Como consecuencia de lo anterior el 31 de agosto de 2006, el Ministerio de Comunicación, por medio de la Resolución No. 002194 de agosto 31 de 2006, subroga a Servicios Postales Nacionales S.A., todos los títulos habilitantes y derechos que contaba ADPOSTAL para la prestación del servicio postal y en virtud de la Resolución No. 002171, le otorga a Servicios Postales Nacionales S.A., por el término de cinco (5) años prorrogables por una sola vez, la licencia para prestar el servicio postal de Mensajería Especializada a nivel Nacional y en conexión con el exterior.

#### **1.4.1 Licencias para la prestación de servicios postales.**

Con relación a este tipo de licencias el inciso segundo del párrafo primero del artículo 36 de la ley 80 de 1993 señala que la prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia, de igual manera el artículo 17 del decreto 229 de 1995 señala que la prestación del servicio de mensajería especializada nacional, y en conexión con el exterior, se concederá directamente, en régimen de libre competencia, a personas naturales o jurídicas, mediante licencia, con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad de que trata la Ley 80 de 1993, debiendo cumplir con los siguientes requisitos para su otorgamiento:

- Solicitud escrita, donde se deberá informar en forma clara y precisa, sobre las siguientes características esenciales del servicio, y aportar lo siguiente:

-Clase de mensajería especializada que prestara la empresa, nacional y / o en conexión con el exterior..

-Localidades del país y países desde y hacia donde se prestara el servicio;

-Razón social y nombre con el que se distinguirá el servicio;

-Tiempo de entrega que ofrecerá a los usuarios. En ningún caso los tiempos de entrega que se ofrezcan podrán ser superiores a los exigidos en el artículo 6 del presente decreto;

Una póliza de seguros o una garantía bancaria, expedida por una compañía de seguros o entidad debidamente constituida y autorizada por la Superintendencia Bancaria, que garantice la admisión, transporte y entrega de los envíos, en concordancia con el artículo 6 del presente decreto, así como los daños y perjuicios a que puedan tener derechos los usuarios del servicio, por un monto de por lo menos trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales; vigente por el término de la concesión y un año más. El monto que cubre la póliza de que trata este literal deberá mantenerse siempre vigente. Su incumplimiento dará lugar, en cualquier caso, a la cancelación de la licencia;

Clase de garantías que ampararan el pago de indemnizaciones, incluido el servicio asegurado, cuando el cliente o usuario así lo requiera, y

Descripción de la organización administrativa y operativa, infraestructura física

y técnica; recursos humanos y esquema del plan de recolección, admisión, transporte y distribución.

Acreditar ser persona natural o jurídica, consorcio o unión temporal inscrita en la cámara de comercio, cuya actividad mercantil u objeto social contemple la prestación de los servicios de mensajería especializada, con un capital social, suscrito y pagado, no inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

Ser capaz para contratar y no estar incurso en las causales de incompatibilidad, inhabilidad y prohibiciones, de que trata el estatuto general de contratación de la administración pública.

Frente al término de duración de la licencia el artículo 18 del decreto 229 de 1995 indica que estas licencias serán otorgadas por un término de cinco (5) años, prorrogables por un lapso igual al inicial, previo permiso del Ministerio de Comunicaciones.

De igual manera el artículo 19 del mencionado decreto señala que para la cesión de los derechos otorgados a particulares por la concesión o licencia de los servicios postales, esta deberá ser previamente autorizada por el Ministerio de Comunicaciones. La cual en ningún caso se producirá antes de transcurridos dos (2) años de su otorgamiento; debiendo el cesionario brindar las mismas condiciones y garantías de servicios del cedente; por lo cual es no solo conveniente sino indispensable identificar plenamente al cesionario y presentar los documentos que acrediten a los Representantes Legales, tanto al cedente como al cesionario. Y que su actividad mercantil u objeto social contemple la prestación de los Servicios de Mensajería Especializada.



El artículo 20 por su parte faculta a los concesionarios o licenciarios de los servicios postales para que contraten con terceros y bajo su responsabilidad e identificación, algunas de las actividades operativas necesarias para la prestación del servicio, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

## **2. Régimen especial de los contratos de concesión de servicios y actividades de telecomunicaciones.**

El marco jurídico para el sector de las telecomunicaciones se encuentra regulado inicialmente por la ley 72 de 1989 y el Decreto 1900 de 1990, que posteriormente fueron derogados por la Ley 1341 de 2009 *“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”*.

En la regulación anterior a la Ley 1341 de 2009, se estableció que los servicios serían prestados por el Estado a través del sistema de gestión directa o indirecta por el mecanismo de concesión, abriendo el mercado de la prestación de estos servicios a la competencia donde participan en igualdad de condiciones las Empresas Industriales y Comerciales del Estado frente a las Empresas de economía mixta y privadas.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2009, se adoptó la nomenclatura de Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC), como aquel conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes.

El régimen de contratación de estos servicios de acuerdo al artículo 33 de la ley 80 de 1993 actividad de telecomunicaciones y servicio de telecomunicaciones, estableciendo como punto de diferencia el uso, la necesidad que satisfacen uno y otro y la conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de comunicaciones. De esta manera, el inciso primero del mencionado artículo indica que se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para *uso particular y exclusivo*, a fin de satisfacer *necesidades privadas* de telecomunicaciones, y *sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones*. Asimilando esta actividad para todos los efectos legales a servicios privados. (Cursiva fuera de texto)

Por su parte, el inciso segundo de la norma en mención indica que se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, *con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros*, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior. (Cursiva fuera de texto)

De esta manera, los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1341 de 2009 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.

La Corte Constitucional en Sentencia C-189 de 1994, sobre el procedimiento para la contratación de los servicios de telecomunicaciones señaló:

*La razón de ser de la expresión, "en virtud de autorización o concesión, o por ministerio de*

*la ley", aparte que el actor impugna, radica simplemente en que el servicio de telecomunicaciones puede ser prestado directamente por el Estado o por los particulares mediante concesiones, mandato que tampoco infringe la Carta, y por el contrario se adecua a sus mandatos, pues según el artículo 365 el Estado está autorizado para prestar los servicios públicos en forma directa o indirecta, "por medio de comunidades organizadas, o por particulares".*

*En el artículo 20, se exige permiso previo otorgado por el Ministerio de Comunicaciones para usar frecuencias radioeléctricas, estableciéndose que en caso de ampliación, extensión, renovación o modificación de las condiciones, se requiere de nuevo permiso, señalándose el término de duración y su renovación. Y en el 39, se establece la autorización previa del mencionado Ministerio, para el caso de que se vaya a establecer, usar, explotar, ensanchar, ampliar y renovar los servicios de telecomunicaciones, decisión que debe basarse únicamente en conceptos de orden técnico. Estas disposiciones, en criterio de la Corte, tampoco vulneran la Constitución, ya que se adecuan a lo contemplado en los artículos 75, 76 y 365 de ese Estatuto, que asigna a la ley la tarea de regular el uso del espectro electromagnético, y al Estado ejercer su control y vigilancia; además, es labor del legislador regular los servicios públicos, y las telecomunicaciones lo son. Recuérdese que es el Gobierno, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, quien debe adoptar la política general del sector de comunicaciones y ejercer las funciones de planeación, regulación, y control de todos los servicios de dicho sector (art. 1o. ley 72 de 1989).*

*En el aparte demandado del artículo 40 se permite la contratación directa para la prestación de servicios de difusión, disposición que armoniza con la potestad del legislador de reglamentar el servicio de telecomunicaciones y con la autorización expresa consignada en el artículo 365 ibidem, que como ya se dijo, ordena al Estado prestar directa o*

*indirectamente, por medio de los particulares o de comunidades organizadas, los servicios públicos. Cabe agregar que esta norma concuerda, además, con la contenida en la ley 80 de 1993 (art. 33) recientemente expedida, y que se denomina, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”*

Indica el inciso quinto del artículo 33 de la ley 80 de 1993 que las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones, jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, son los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

En la prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del territorio nacional podrá hacerse, en gestión directa por las entidades territoriales o por las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas a éstas, en el ámbito de su jurisdicción, de conformidad con lo señalado por el artículo 5 de la Ley 1341 de 2009.

Así pues, la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional podrán prestar estos servicios dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, previa autorización de la entidad territorial respectiva. En el ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse también por asociaciones formadas entre cualesquiera de las entidades mencionadas anteriormente, previa autorización de la entidad territorial respectiva.

La prestación de los servicios de telecomunicaciones dentro del ámbito departamental, distrital o municipal, podrá hacerse en la modalidad de gestión indirecta por personas naturales o jurídicas de derecho privado o por sociedades de economía mixta, a través de concesión otorgada, mediante contrato o en virtud de licencia, por la entidad territorial correspondiente.

Por su parte la prestación de servicios de telecomunicaciones, entre localidades del territorio nacional, puede hacerse en la modalidad de gestión directa, por la Nación o entidades descentralizadas del orden nacional, o por asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas, autorizadas por el ministerio de Comunicaciones; o a través de la modalidad de gestión indirecta, mediante concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones a personas naturales o jurídicas privadas o a sociedades de economía mixta; requiriéndose en estos casos de autorización expresa de las localidades.

En el nivel territorial, las entidades territoriales podrán continuar prestando, por sí mismas o a través de sus entidades descentralizadas, los servicios de telecomunicaciones que tengan a su cargo; pudiendo prestar nuevos servicios dentro del área de su respectiva jurisdicción, sea en forma directa o en forma indirecta mediante concesión, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, la cual es otorgada sólo en consideración a razones de orden técnico.

Los servicios básicos de telecomunicaciones internacionales se harán exclusivamente en gestión directa por personas de derecho público pertenecientes al orden nacional y especialmente autorizadas para el efecto por el Gobierno Nacional, sin perjuicio de las disposiciones especiales aplicables a los servicios de radiodifusión sonora y de televisión. Las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional en las cuales participen asociaciones conformadas por entidades descentralizadas de cualquier orden territorial también podrán ser autorizadas para prestar esta clase de servicios

Para la recepción directa de señales internacionales el ministerio podrá permitir a los concesionarios del servicio de televisión por suscripción la recepción directa de señales

internacionales de televisión destinadas a ser transmitidas a los suscriptores o abonados del servicio. De igual manera este permiso podrá ser otorgado a personas naturales o jurídicas para la recepción de material noticioso o informativo internacional destinado a ser transmitido al público a través de los servicios de televisión y radiodifusión. Debiendo en todo caso ajustarse a las disposiciones sobre derechos de autor quienes reciban estos permisos.

## **2.1 Servicio de Internet.**

Como quiera que en el mercado existen múltiples operadores de los servicios de internet, las entidades públicas pueden contratar con sujeción a cada uno de sus regímenes la prestación de los mencionados servicios, salvo aquellos casos en que el operador estatal sea una entidad estatal evento en el cual se podrá hacer mediante contrato interadministrativo.

## **3. Régimen especial de los contratos de concesiones para la prestación del servicio de radio y radiodifusión a través del acceso, explotación del bien estatal del espectro electromagnético o radioeléctrico.**

El artículo 35 de la ley 80 de 1993 señala que los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, podrán ser personas naturales o jurídicas, cuya selección se hará por el procedimiento objetivo previsto en esta ley, de acuerdo con las prioridades establecidas en el Plan General de Radiodifusión que expida el Gobierno Nacional.

Por disposición expresa de dicho artículo el servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia.

En las licencias para la prestación del servicio de radiodifusión sonora se entenderá incorporada la reserva de utilización de los canales de radiodifusión, al menos por dos (2) horas diarias, para realizar programas de educación a distancia o difusión de comunicaciones oficiosas de carácter judicial.

El párrafo primero señala que el servicio comunitario de radiodifusión sonora, será considerado como actividad de telecomunicaciones y otorgado directamente mediante licencia, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Gobierno Nacional.

El párrafo segundo, dispone que en consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Política, en los procedimientos relativos a la concesión de los servicios de radiodifusión sonora, la adjudicación se hará al proponente que no sea concesionario de tales servicios en la misma banda y en el mismo espacio geográfico en el que, conforme a los respectivos pliegos, vaya a funcionar la emisora, siempre que reúna los requisitos y condiciones jurídicas, económicas y técnicas exigidas. Cualquiera de los proponentes podrá denunciar ante la entidad concedente y ante las demás autoridades competentes, los hechos o acciones a través de los cuales se pretenda desconocer el espíritu de esta norma.

#### **4. Régimen especial de los contratos de concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular – TMC a través del acceso y explotación del bien estatal del espectro electromagnético o radioeléctrico.**

La prestación del servicio de telefonía móvil celular se encuentra regulado en la ley 37 de 1993, la cual en su artículo primero lo define como un servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en

si mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y, a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos, y usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico asignado constituye su elemento principal.

Para su prestación, dispone el artículo tercero de la norma en mención que esta se encuentra a cargo de la Nación, quien lo podrá hacer de manera directa o indirecta, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia. Como regla general el servicio se prestará en gestión indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato administrativo.

En caso de otorgarse en gestión indirecta, mediante contrato administrativo, este deberá realizarse previa licitación pública, la cual se someterá a las regulaciones previstas en la ley 80 de 1993, o a las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen, la Ley 37 de 1993, el Decreto-ley 1900 de 1990, derogado por la Ley 1341 de 2009 y las disposiciones contenidas en el Decreto 741 de 1993; debiendo observar los principios de igualdad y de acceso democrático. El acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública

Lo anterior, según lo establecido por el párrafo del artículo 33 de la ley 80 de 1993 dispuso que los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha Ley y en las disposiciones que la desarrollen o complementen.

Estos procesos de contratación corresponde adelantarlos al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, por ser la telefonía móvil celular un servicio de ámbito



y cubrimiento nacional, razón por la cual no requiere para su concesión autorización alguna de las entidades territoriales. Competencia que incluye la planeación, regulación, control y la concesión del servicio; en cumplimiento de los objetivos y funciones previstas en el Decreto Ley 1901 de 1990 debiendo velar además por el debido cumplimiento y ejecución de los contratos celebrados.

#### **4.1. De los concesionarios prestadores del servicio público de telefonía móvil celular.**

Señala expresamente el inciso segundo del mencionado artículo 3 de la ley 37 de 1993, que estos contratos sólo podrán celebrarse con sociedades constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en este país, especializadas según su objeto social en la prestación del servicio de telecomunicaciones o en telefonía móvil celular en particular.

Las sociedades privadas o mixtas que deseen ser prestadoras de este servicio deberán estar constituidas como sociedades anónimas. Las sociedades privadas que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular deberán transformarse en sociedades anónimas abiertas, en un plazo de cinco años contados a partir de la fecha de adjudicación del contrato de concesión, so pena de caducidad. Esta disposición, contenida en el parágrafo artículo 3 de la ley 37 de 1993 fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia 318 de 1994 en la cual señaló:

*“No es contrario a la Constitución que las empresas estatales o las sociedades de economía mixta, puedan, en los términos que la ley señala, intervenir en un plano de igualdad con las sociedades privadas, para obtener la adjudicación de los contratos de concesión del servicio de telefonía móvil celular. A este respecto, cabe señalar que las empresas industriales y comerciales*

*del Estado y las sociedades de economía mixta, por regla general, se someten al derecho privado y, excepcionalmente, al derecho público. El principio general dentro del sistema económico es la igualdad (CP art. 13) y a él sólo pueden excepcionalmente sustraerse las empresas públicas, cuando lo autorice la ley y por motivos de relevante interés público; de lo contrario, no se entiende cómo pueda pregonarse que "la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades" (CP art. 333). En este orden de ideas, cuando por decisión de la ley un aspecto - la gestión - de un servicio reservado al Estado se abre a los particulares, la garantía institucional de la libre competencia económica, trasunto de la igualdad en el terreno económico, cobra plena vigencia, frente a los operadores públicos y privados. De otra parte debe observarse que la intervención económica ordenada por la ley puede tener por objeto no solamente actividades privadas sino también servicios públicos y que su finalidad puede ser tanto la promoción de la productividad como el estímulo de la competitividad, en aras del mejoramiento de la calidad de la vida y de los intereses de los usuarios (CP art. 334). Los sujetos públicos no están, pues, exceptuados de la intervención estatal en la economía. No escapa a la Corte que una forma legítima de intervención en lo que hace a la gestión de un determinado servicio público, puede ser la de homologar a los operadores públicos y privados como competidores para su realización y prestación. Justamente a esto se contrae el artículo 3° acusado que luego de contemplar la hipótesis de la prestación indirecta del servicio a través del sistema de concesiones, procede a establecer las pautas conforme a las cuales se adelantarán las respectivas licitaciones y a fijar las condiciones que deben acreditar sus eventuales concesionarios."*

Entendiéndose por sociedad anónima abierta aquella en que ninguna persona natural o jurídica sea titular, por si o por interpuesta persona, de más del 30% de las acciones representativas del capital social y que tengan inscritas sus acciones en las bolsas de valores. Las anteriores reglas fueron reproducidas y desarrolladas en decreto 741 de 1993 (reglamentario de la ley 37 de 1993) al disponer que podrán ser concesionarios del servicio

de telefonía móvil celular las empresas estatales, las sociedades de economía mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia y también las sociedades privadas, que cumplan las condiciones establecidas en la Ley 37 de 1993 y en los artículos subsiguientes del decreto.

El artículo 23 del decreto 741 de 1993 señala los Requisitos generales que deben cumplir las sociedades que aspiren a ser adjudicatarias de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, disponiendo que estas deben estar constituidas en Colombia, conforme a las condiciones y requisitos establecidos por la legislación colombiana, en especial el Código de Comercio.

#### **4.1.1. Las sociedades privadas como sujetos contractuales concesionarias del servicio público de telefonía móvil celular.**

El artículo 24 del decreto 471 de 1993, señala que las sociedades entre particulares legalmente constituidas que cumplan con los requisitos generales establecidos en la ley, que sean especializadas en telecomunicaciones o en telefonía móvil celular en particular y que se encuentren debidamente inscritas en el registro de proponentes, podrán ser concesionarias del servicio de telefonía móvil celular. Entendiéndose por sociedad especializada en telecomunicaciones aquella que tenga por objeto social la prestación al público de servicios de telecomunicaciones; las cuales deberán transformarse en sociedades anónimas abiertas, en un plazo no mayor a cinco (5) años contados a partir de la fecha de adjudicación del contrato de concesión, so pena de caducidad.

Estas sociedades abiertas son aquellas en las que ninguna persona natural o jurídica es titular, por sí o por interpuesta persona, de más del treinta por ciento (30%) de las acciones representativas del capital social y que tengan inscritas sus acciones en bolsa de valores, sin

perjuicio del cumplimiento de los requisitos que para este tipo de sociedades se establezcan en otras disposiciones legales.

#### **4.1.2. Las sociedades de economía mixta adjudicatarias y contratistas de las concesiones para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular.**

De igual manera puede adjudicarse la prestación del servicio de telefonía móvil celular a sociedades de economía mixta constituidas como sociedades anónimas especializadas en telecomunicaciones, o en telefonía móvil celular en particular de acuerdo con su objeto social, que cuenten entre sus socios al menos una empresa operadora del servicio de telefonía fija o convencional en Colombia, y que se encuentren debidamente inscritas en el registro de proponentes.

En estas sociedades de economía mixta concesionarias de la prestación del servicio de telefonía móvil celular podrán participar directa o indirectamente, entidades descentralizadas de cualquier orden administrativo que tengan a su cargo la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Las entidades descentralizadas del orden nacional que presten servicios de telecomunicaciones quedan autorizadas conforme lo establece el parágrafo 1 del artículo 4 de la Ley 37 de 1993, para participar en sociedades de economía mixta, cuyo objeto sea la prestación del servicio de telefonía móvil celular. Las entidades descentralizadas pertenecientes a las entidades territoriales podrán asociarse de conformidad con sus estatutos y las normas que regulan su existencia y funcionamiento.

#### **4.1.3. Participación de las entidades del sector solidario de la economía en la contratación de las concesiones para la prestación del servicio público de**

### **telefonía móvil celular.**

El artículo 27 del Decreto 741 de 1993 dispone que las entidades adjudicatarias de las concesiones del servicio de telefonía móvil celular, deberán acreditar que por lo menos el diez por ciento (10%) de su capital social pertenece al sector social solidario de la economía para lo cual disponen de un plazo de cuatro (4) años contados a partir de la adjudicación de la concesión.

La participación de las entidades del sector social solidario en las sociedades adjudicatarias del servicio deberá mantenerse durante el término de la concesión, no obstante si por cualquier circunstancia, estas instituciones no participaren en la formación del capital social de las adjudicatarias, se les reservará el derecho de suscripción en el porcentaje legal mencionado durante cuatro (4) años a partir de la adjudicación de la concesión. Si aún las acciones no son suscritas por las entidades del sector social solidario se entenderá cumplida la obligación legal.

En todo tiempo durante la vigencia del contrato de concesión, la sociedad adjudicataria garantizará que en caso de enajenación de las acciones por parte de las entidades del sector social solidario, lo harán a otras entidades de ese mismo sector y sólo en caso de que pasado un período de cuatro (4) años su enajenación no sea posible podrá enajenarlas a otras personas, en este último caso perderán todo tratamiento privilegiado.

#### **4.1.4. Tratamiento privilegiado para las acciones cuyos titulares sean entidades del sector social solidario de la economía.**

La Ley 741 de 1993, establece que las acciones pertenecientes al sector social solidario conferirán a sus titulares, además de los derechos de todo accionista y de los que les

reconozcan leyes y tratamientos especiales, los siguientes privilegios:

Las acciones suscritas podrán ser pagadas dentro de un plazo de tres (3) años contados a partir de la fecha de la suscripción.

Las acciones serán excluidas de la obligación de suscripción en bolsa y negociabilidad.

Podrán tener además, cuando así lo prevea en los estatutos los privilegios de que trata el artículo 381 del Código de Comercio.

#### **4.1.5. Valor de las acciones suscritas por entidades del sector social solidario de la economía.**

Artículo 29 de la misma Ley establece que la suscripción de acciones que efectúen las entidades del sector social solidario antes de la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular se hará de conformidad con el valor nominal de las acciones tal como aparezca en la propuesta de licitación.

La suscripción de acciones que efectúen las entidades del sector social solidario en sociedades adjudicatarias del servicio de telefonía móvil celular con posterioridad a la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión, se ajustará al valor del mercado, certificado por la bolsa de valores tomando en consideración el promedio ponderado de las transacciones en bolsa del mes calendario inmediatamente anterior a la aprobación por parte de la Junta Directiva del reglamento de suscripción de acciones o del último mes en que las hubo.

#### **4.1.6. De las empresas estatales que pueden ser contratistas concesionarias para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.**

Al igual que las sociedades de particulares y las de economía mixta, podrán ser concesionarias del servicio de telefonía móvil celular, las empresas estatales que presten el servicio de telefonía fija o convencional, las asociaciones formadas por entidades territoriales o sus entidades descentralizadas asimiladas conforme a sus estatutos a empresas industriales y comerciales del estado o establecimientos públicos que presten el servicio de telefonía fija o convencional, autorizadas por el Ministerio de Comunicaciones.

#### **4.2. Procedimiento de convocatoria, selección, adjudicación y celebración del contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.**

Los parágrafos 2°, 3°, 4° y 5° de la ley 37 de 1993 señalan el procedimiento para la adjudicación del contrato de concesión de prestación del servicio de telefonía móvil; indicando que el acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública, convocada a través de medios de comunicación social de amplia circulación y difusión, con una antelación de cinco días hábiles.

Dicha audiencia será presidida por el presidente del organismo competente para adjudicar, durante misma podrán intervenir, a solicitud de cualquiera de los miembros del organismo competente para adjudicar, los servidores públicos que hicieron los estudios y evaluaciones de las propuestas.

De igual manera, podrán intervenir los proponentes por derecho propio, con el ánimo de pedir aclaraciones sobre los informes en que se sustente el acto de adjudicación; así como los asistentes al acto que tengan interés directo con el servicio o que puedan ser afectados con la prestación del mismo. En caso de que se presenten personas con el mismo interés, el

presidente de la audiencia pública conformará grupos para que designen su respectivo vocero, a fin de agilizar las intervenciones y el desarrollo del acto.

El Ministerio de Comunicaciones informará al público sobre las ofertas, por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión, una vez cerrada la recepción de las propuestas y antes de efectuarse la audiencia pública. Para tal efecto elaborará un cuadro comparativo de las propuestas presentadas.

El Ministerio de Comunicaciones deberá informar al público por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión, el resultado de la licitación pública, dentro de los diez días hábiles siguientes a la adjudicación. La información deberá contener una explicación de las razones tenidas en cuenta para adjudicar.

#### **4.2.1. Registro especial de proponentes del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.**

El artículo 31 del Decreto 741 de 1993 señala que sólo podrán participar en la licitación para la adjudicación de la concesión del servicio de telefonía móvil celular las sociedades privadas, las de economía mixta y empresas estatales que se encuentren debidamente inscritas, calificadas y clasificadas en el registro de proponentes de carácter permanente que al efecto lleva el Ministerio de Comunicaciones denominado Registro de Proponentes del servicio de telefonía móvil celular; su finalidad fundamentalmente es la de determinar las empresas estatales, sociedades de economía mixta y particulares que tienen capacidad para participar en la licitación.

El Ministerio de Comunicaciones preparará el pliego de condiciones para la adjudicación de la licitación para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, con sujeción a lo



establecido en el artículo 30 del Decreto-ley 222 de 1993 y normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen, en especial la Ley 37 de 1993 y lo previsto en el presente Decreto. Prohíbe el Artículo 34 la declaración de urgencia evidente en el proceso licitatorio a fin de prescindir de la licitación pública correspondiente, por tal razón en todo caso la adjudicación de la concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, se hará previo el trámite del proceso licitatorio y no podrá el Consejo de Ministros declarar urgencia evidente.

#### **4.2.2. Planes de expansión de cubrimiento del servicio y de las redes de telefonía móvil celular.**

El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones por mandato del artículo 35 de la Ley 741 de 1993 elaborará un plan mínimo de expansión de cubrimiento del servicio y de las redes de telefonía móvil celular, para el área o áreas de servicio que el proponente aspire a obtener en concesión.

Dicho plan de expansión deberá establecer las etapas en que se cubrirán los municipios correspondientes; además formulará como parte integrante de este plan, un plan de expansión del servicio en condiciones especiales a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas, a fin de que los proponentes presenten su propuesta económica para la ejecución de este último por parte del Gobierno a través de contratistas, o del concesionario cuando así lo determine la Nación.

#### **4.2.3. Evaluación de las propuestas u ofertas presentadas a la licitación pública.**

En la evaluación de las propuestas se tendrán en cuenta, en forma rigurosa, los criterios de adjudicación establecidos por el pliego de condiciones. Para la evaluación de los

proponentes se tendrá en cuenta la calificación que se les haya otorgado en el Registro de Proponentes, en los términos que establezca la resolución que regula el registro y el pliego de condiciones, sin que en ningún caso supere el cinco por ciento (5%) del total de la valoración.

En todo caso, para la adjudicación de la licitación se verificará en primer lugar, que la propuesta cumpla los requisitos señalados en la ley y en el pliego de condiciones que ofrezca ejecutar de manera plena el plan mínimo de expansión del servicio de telefonía móvil celular y financiar y ejecutar, si la Nación así lo determine, el plan de expansión del servicio a los municipios con mayores índices de necesidades básicas insatisfechas.

Cumplidos los requisitos esenciales mencionados y el puntaje exigido en el pliego, para la adjudicación se preferirán las propuestas que presenten la mejor oferta económica.

En el pliego de condiciones para la concesión del servicio de la telefonía móvil celular, se establecerán las condiciones que permitan asegurar el equilibrio económico en cuanto a los derechos de concesión entre oferentes de la red A y la red B para una misma área.

En todo caso en el proceso licitatorio, en la adjudicación de las concesiones para las áreas y en la operación del servicio se deberán observar los principios de igualdad y de acceso democrático. Por lo tanto, se garantiza la igualdad de los participantes y la selección objetiva, pública y transparente en la adjudicación.

Para lo anterior, además de los requisitos y condiciones establecidos en la ley 80 de 1993 la adjudicación de la licitación para la concesión del servicio de telefonía móvil celular se ajustará al siguiente procedimiento especial:

Una vez cerrada la licitación y antes de realizar la adjudicación el Ministerio de Comunicaciones informará al público al menos por un medio de comunicación social, de amplia circulación y difusión, el número de propuestas presentadas, su contenido básico y la sociedad o empresa estatal proponente. Para tal efecto el Ministerio de Comunicaciones elaborará un cuadro comparativo que recoja la información básica sobre las propuestas presentadas.

El acto de adjudicación tendrá lugar en audiencia pública, convocada a través de medios de comunicación social de amplia circulación y difusión con una antelación de cinco (5) días hábiles a la fecha de realizarse la audiencia.

Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la convocatoria pública podrán inscribirse, en la Secretaría General del Ministerio de Comunicaciones, las personas que deseen asistir al acto y que acrediten interés directo con el servicio o que puedan ser afectadas con la prestación del mismo.

El Ministerio de Comunicaciones mediante resolución que será expedida antes de realizar la audiencia pública de adjudicación de la licitación, fijará las condiciones para la celebración de la misma. En dicha resolución se establecerá, con sujeción a la Ley 37 de 1993, por lo menos, los participantes en la audiencia, quienes podrán intervenir, duración de las intervenciones, criterios para conformar grupos de interés que puedan participar, designación de voceros, orden de las intervenciones y en general todos los asuntos atinentes al desarrollo del acto.

Una vez realizadas todas las intervenciones, criterios y aclaraciones que los

participantes consideren de interés, se hará un receso que en ningún caso será mayor de cuarenta y ocho (48) horas en el cual la Junta de Licitaciones del Ministerio de Comunicaciones formalizará su concepto sobre la adjudicación. Reanudada la audiencia el Ministro de Comunicaciones expedirá resolución motivada y procederá a hacer pública la decisión de adjudicación de la licitación. Dado a conocer el resultado de la adjudicación no se permitirá nuevas intervenciones aunque los participantes podrán dejar las constancias escritas que consideren del caso. Contra la resolución que adjudica la licitación no procederá ningún recurso en la vía gubernativa en los términos del inciso 2 del Decreto-ley 222 de 1983.

Una vez adjudicado el contrato el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones informará al público por lo menos por un medio de comunicación social de amplia circulación y difusión; el resultado de la adjudicación pública de los diez (10) días hábiles siguientes a la adjudicación. Esta información contendrá una explicación de las razones tenidas en cuenta para adjudicar.

#### **4.3. Celebración, suscripción, perfeccionamiento y ejecución del contrato de concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil celular.**

Ejecutoriada la resolución de adjudicación, ésta será irrevocable y obliga por igual a la entidad y al adjudicatario. El adjudicatario está obligado a aportar los documentos y cumplir requisitos que según el pliego de condiciones sean necesarios para la firma y el posterior perfeccionamiento del contrato.

Si el proponente favorecido no firmare el contrato o no aportare los documentos necesarios para el perfeccionamiento del mismo dentro del plazo fijado en el pliego de condiciones, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones podrá optar entre abrir una nueva licitación para el área o áreas respectivas o adjudicar, dentro de los treinta

(30) días calendario siguientes, al proponente calificado en segundo lugar para la correspondiente área; si tampoco fuere posible perfeccionar el contrato con este proponente dentro de los treinta (30) días siguientes, el Ministerio podrá adjudicarlo al proponente calificado en tercer lugar dentro de la respectiva área. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4 de la Ley 37 de 1993.

Así mismo, el artículo 42 del Decreto 741 de 1993 señala que harán parte integrante del contrato de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular, además de la minuta que suscriben las partes, el pliego de condiciones, las propuestas de los oferentes incluyendo todos sus anexos y los reglamentos que en relación con el servicio y con las redes expida el Ministerio de Comunicaciones.

#### **4.4. Causales especiales de caducidad de los contratos de concesión para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.**

El decreto 741 de 1993, señala en el Artículo 43 como causales de caducidad además de las previstas en el artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983 (derogado por la ley 80 de 1993), de las especialmente establecidas en otras disposiciones legales y las que se prevén en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión del servicio de telefonía móvil celular, son causales para declarar la caducidad del contrato de concesión que se incluirán en el respectivo contrato, las siguientes:

- Haber suministrado información falsa en la inscripción en el registro de proponentes;

- Para las sociedades privadas el no transformarse en sociedades anónimas abiertas dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha de la adjudicación de la concesión.

El incumplimiento o atraso reiterado en el cronograma correspondiente a los planes

de expansión del servicio, previo el La requerimiento del Ministerio de Comunicaciones.

-La violación a la prohibición de incurrir en prácticas monopolísticas impidiendo la libre competencia en los términos establecidos en la ley, el presente Decreto y el pliego de condiciones de la licitación.

-El no prestar con eficiencia y regularidad los servicios materia de la concesión de acuerdo con las reglas de calidad que se establezcan en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión, previo requerimiento para su cumplimiento por parte del Ministerio de Comunicaciones.

-Por suspensión total o parcial del servicio sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones o sin causa justificada.

-Por modificar sustancialmente las redes que le han sido autorizadas o las condiciones de prestación del servicio, sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

-Por permitir la enajenación de acciones, cuotas o partes de interés de las sociedades que sean concesionarias del servicio antes de tres (3) años, contados desde la fecha de la concesión.

-Por ceder o transferir en contradicción a la ley, el contrato de concesión y en todo caso sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones.

-No cumplir con la condición prevista en el artículo 27 de este Decreto, sobre propiedad de acciones en el sector social solidario.

-El incumplimiento de las obligaciones contractuales con el Ministerio de Comunicaciones, en especial el no pago de los derechos, tasas o tarifas derivados del contrato.

-El no actualizar el registro de abonados o incurrir en cualquier información falsa que afecte la cuantificación de las obligaciones económicas con la Nación-  
Ministerio de Comunicaciones.

#### **4.5. Cesión del contrato y enajenación de las acciones de las sociedades concesionarias para la prestación del servicio de telefonía móvil.**

De conformidad con el artículo 44 de la Ley 741 de 1993 el contrato de concesión del servicio de telefonía móvil celular no podrá cederse total ni parcialmente antes de tres (3) años contados a partir de la fecha de suscripción del contrato de concesión del servicio, y en todo caso requerirá autorización previa del Ministerio de Comunicaciones.

Pese a lo anterior el artículo 45 del decreto 741 de 1993 señala que los accionistas de las sociedades privadas y de las de economía mixta que sean concesionarias del servicio de telefonía móvil celular no podrán enajenar las acciones, de las sociedades antes de tres (3) años contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión del servicio.

Así mismo prohíbe a las sociedades la enajenación de las acciones que las pueda conducir al cambio de naturaleza jurídica.

En todo caso se harán las previsiones estatutarias correspondientes en todas las sociedades adjudicatarias del servicio de telefonía móvil celular para que se reserve el diez por ciento (10%) de las acciones para que sean adquiridas por entidades del sector social solidario. Los socios de sociedades privadas que deban convertirse en sociedades abiertas se someterán a las reglas de inenajenabilidad prevista en este artículo. Antes del quinto año de la concesión deberá cumplir con la exigencia de convertirse en sociedades anónimas abiertas en los términos del parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 37 de 1993.

Tampoco se podrá durante el mismo término de tres (3) años contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del contrato ceder las acciones en las mismas sociedades.

#### **5. Régimen especial de los contratos de concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal – PCS.**

El artículo 2 de la ley 555 de 2000 define los servicios de telefonía de servicios de comunicación personal – PCS - como servicios públicos de telecomunicaciones, no domiciliarios, móviles o fijos, de ámbito y cubrimiento nacional, que se prestan haciendo uso de una red terrestre de telecomunicaciones, cuyo elemento fundamental es el espectro radioeléctrico asignado, que proporcionan en sí mismos capacidad completa para la comunicación entre usuarios PCS y, a través de la interconexión con las redes de telecomunicaciones del Estado con usuarios de dichas redes.

Estos servicios permiten la transmisión de voz, datos e imágenes tanto fijas como móviles y se prestan utilizando la banda de frecuencias que para el efecto atribuya y asigne el Ministerio de Comunicaciones.



La prestación de estos servicios según lo señalado en el artículo 4 de la norma en comento, son responsabilidad de la Nación, quien al igual que en los servicios de telefonía móvil los podrá prestar en gestión directa, o indirecta a través de concesiones otorgadas mediante contrato a empresas estatales, sociedades privadas o de naturaleza mixta.

Estos contratos por disposición del artículo quinto de la norma Ibidem se adjudican previo el trámite de licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos y términos previstos en la ley 555 de 2000, la Ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y demás normas que las sustituyan, modifiquen o adicionen; prohibiendo en todos los casos adjudicarlos a través del proceso de contratación directa. Señalando que para su adjudicación, esta se realizará por el procedimiento de subasta y tendrá lugar en audiencia pública, debiendo esta en todo caso observar los principios de igualdad, acceso democrático y trato no discriminatorio.

Dado que este servicio es de ámbito y cubrimiento nacional y que el espectro radioeléctrico es un bien público de la Nación, el Ministerio de Comunicaciones es el responsable de otorgar la concesión, quien en cumplimiento de sus objetivos y funciones debe adelantar los procesos de contratación y velar por el debido cumplimiento y ejecución de los contratos celebrados.

El objeto de la concesión es otorgar los derechos y fijar las obligaciones para la prestación, por cuenta y riesgo del concesionario, de los servicios de comunicación personal, PCS, esta comportará adicionalmente, el permiso para el uso del espectro radioeléctrico atribuido para la prestación de servicios PCS y la autorización para el establecimiento de la red asociada a la prestación de los mismos.

De conformidad con el artículo 27 del decreto 575 de 2002, inicialmente se debe otorgar una concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, en cada una de las áreas oriental, occidental y Costa Atlántica, las cuales corresponderán a las establecidas para la prestación del servicio de telefonía móvil celular en la Ley 37 de 1993 y sus reglamentos.

Las cuales deben otorgarse dentro de los límites de la Ley 555 de 2000 y el mencionado decreto, en las oportunidades que para el efecto establezca el Ministerio de Comunicaciones; pudiéndose adjudicar a un mismo proponente más de un área y para el efecto, considerando en el pliego de condiciones tanto (i) la puja en el procedimiento de subasta, como (ii) el propósito de que las concesiones deben garantizar el cubrimiento nacional, la maximización de los ingresos a la Nación y las mejores condiciones a los usuarios. Debiéndose velar en todo caso por la compatibilidad de tecnologías que permita el cubrimiento nacional de las RPCS, tal como lo dispone el artículo 9º del decreto 575 de 2002, de manera que los costos a transferir a los usuarios sean menores y redunden en beneficio de estos a través de las tarifas y promuevan la sana competencia con los demás operadores de servicios de telecomunicaciones.

Contempla el artículo 29 de la norma *Ibídem* que por el sistema de subasta, se otorgarán nuevas concesiones adicionales a las previstas en el artículo 27 del presente decreto después de tres (3) años contados a partir de la fecha de promulgación de Ley 555 de 2000.

En el proceso para la obtención de las nuevas concesiones podrán participar, sin ningún tipo de restricción, todas las personas jurídicas que cumplan con lo establecido en el artículo 33 de este decreto y con las condiciones del proceso licitatorio que para el efecto adelante el Ministerio de Comunicaciones, de conformidad con la Ley 555 de 2000, el presente decreto y, en lo no previsto, por la Ley 80 de 1993.

El plazo de la concesión para los servicios PCS según lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 555 de 2000 y el artículo 30 del Decreto 575 de 2002 es de diez años, pudiéndose prorrogar esta concesión por un período igual o menor, por solicitud del concesionario, en fecha que no será posterior al octavo año del período inicial de la concesión.

Debiendo el Concesionario en todo caso encontrarse, en la fecha de la solicitud, al día con las obligaciones que se le imponen bajo el contrato de concesión. La prórroga causará el pago del monto que determine el Ministerio de Comunicaciones en el pliego de condiciones. La solicitud aquí regulada deberá ser presentada al Ministerio de Comunicaciones antes del vencimiento del octavo año del período inicial de la concesión, quien deberá dar respuesta dentro del término legal.

El pago correspondiente se hará, a más tardar, el último día del décimo año de la concesión, so pena de caducidad. Los pagos periódicos durante la prórroga continuarán rigiéndose por lo establecido en el contrato prorrogado. En todo caso, el operador deberá estar al día con sus obligaciones, en la fecha de suscripción de la prórroga, la cual solo podrá suscribirse dentro de los tres (3) meses anteriores al vencimiento del término inicial del contrato de concesión.

#### **5.1. Naturaleza Jurídica de los sujetos contractuales concesionarios de prestación del servicio público de comunicación personal- PCS.**

Los contratos de concesión para prestar servicios PCS según el artículo 7 de la norma Ibídem, sólo podrán celebrarse con personas jurídicas de derecho público o con sociedades privadas o mixtas constituidas en Colombia cuyo objeto social principal sea la prestación de

servicios de telecomunicaciones. Estas sociedades deben ser anónimas y deben inscribir sus acciones en una de las bolsas de valores nacionales, en un plazo no mayor de tres (3) años contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión, so pena de caducidad.

De igual manera es permitido a las entidades descentralizadas de cualquier orden administrativo y a las entidades descentralizadas del orden nacional, que tengan a su cargo la prestación de servicios de telecomunicaciones, participar directa o indirectamente en las sociedades mixtas.

El artículo 26 del decreto 575 de 2002 “por el cual se reglamenta la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, y se dictan otras disposiciones”, señala que podrán participar en la licitación y en la subasta para todas las concesiones de servicios PCS únicamente las personas jurídicas relacionadas en los artículos 33 y 34 del presente decreto; es decir las personas jurídicas de derecho público o con sociedades privadas o mixtas constituidas en Colombia, de acuerdo con las leyes colombianas y con domicilio principal en este país, cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios de telecomunicaciones.

No obstante lo anterior, para las concesiones iniciales aplicarán los impedimentos y restricciones de que tratan los artículos 28 y 37 de este decreto, encontrándose entonces impedidos para participar en las concesiones iniciales y en el capital de los concesionarios las siguientes personas:

1. Los concesionarios de telefonía móvil celular (TMC).
2. Los operadores nacionales de trunking.

3. Las matrices, filiales o subordinadas de uno cualquiera de los referidos en los numerales 1° y 2° anteriores.

4. Los accionistas de los concesionarios de TMC que tengan una participación, individual o conjunta de más del 30% del capital suscrito, en el capital de dichas compañías.

5. Los accionistas de los operadores nacionales de trunking que tengan una participación, individual o conjunta de más del 30% del capital suscrito, en el capital de dichas compañías, y

6. Las matrices, filiales o subordinadas de los accionistas mencionados en los numerales 4° y 5° anteriores.

Prohibiéndosele a estas personas constituirse en accionistas de los concesionarios iniciales de servicios PCS; fijando en su artículo 37 el régimen de participación en el capital de empresas prestadoras de servicios de TMC o trunking nacional, señalando al respecto que los concesionarios de servicios PCS, sus empresas filiales, matrices o subordinadas; los accionistas de los concesionarios de servicios PCS, las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas, no podrán adquirir más del treinta por ciento (30%) del capital social de un concesionario de TMC que preste servicios dentro de la misma área o de un operador nacional de trunking durante los primeros tres (3) años de concesión para la prestación de los servicios de PCS. Restricción que aplica únicamente en las concesiones iniciales.

En desarrollo de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 555 de 2000, los beneficiarios

reales tampoco podrán ser o constituirse en accionistas de los concesionarios iniciales de los servicios de comunicación personal, PCS. Estas restricciones o limitaciones dejarán de tener efecto una vez concluido el tercer año de las concesiones iniciales, contados a partir del perfeccionamiento del primer contrato celebrado.

## **5.2. Obligaciones de los contratistas concesionarios.**

Los concesionarios de los servicios PCS de acuerdo a lo señalado en los artículos 35 y subsiguientes del Decreto reglamentario 575 de 2002, todos los concesionarios de los servicios PCS se ceñirán a la normatividad y, entre otros, a los planes técnicos básicos, que adopten las autoridades competentes durante todo el plazo de la concesión. De acuerdo con la ley, en los contratos de concesión se establecerá que su ejecución y resultados serán por cuenta y riesgo del concesionario. En consecuencia, los riesgos comerciales, técnicos, financieros y administrativos de la concesión correrán por cuenta exclusiva de los concesionarios, al igual que los que se deriven de cambios de legislación, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse por daño antijurídico.

Así mismo, los concesionarios de PCS se someterán a las normas de competencia vigentes durante el plazo de su concesión. Adicionalmente, a la terminación de la concesión, estarán sujetos a observar aquellas normas de competencia que les sean aplicables después de la terminación, según la ley y el contrato de concesión.

Los concesionarios de servicios PCS, sus empresas filiales, matrices o subordinadas; los accionistas de los concesionarios de servicios PCS, las empresas matrices, filiales o subordinadas de dichos accionistas, no podrán adquirir más del treinta por ciento (30%) del capital social de un concesionario de TMC que preste servicios dentro de la misma área o

de un operador nacional de trunking durante los primeros tres (3) años de concesión para la prestación de los servicios de PCS. Esta restricción aplica únicamente en las concesiones iniciales.

Las sociedades privadas o mixtas que sean concesionarias de los servicios PCS deberán inscribir sus acciones en la bolsa de valores nacional, en un plazo no mayor de tres (3) años contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión. La Superintendencia de Valores vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

Los titulares de las concesiones de los servicios PCS que sean sociedades privadas o mixtas quedarán obligados a ofrecer en venta a inversionistas minoritarios al menos el 15% de las acciones en que se encuentre dividido su capital suscrito en la fecha del ofrecimiento o, si se deciden por una oferta primaria, un número de acciones nuevas que, en su conjunto, representen no menos del 15% del total del capital suscrito como si la colocación fuera exitosa en el 100%, o sea un número equivalente al 17.64705882% de las acciones suscritas al tiempo del ofrecimiento. Dicho ofrecimiento deberá efectuarse a más tardar al cuarto año contado a partir del perfeccionamiento del respectivo contrato de concesión y será realizado a través de la bolsa de valores colombiana. El ofrecimiento podrá ser efectuado a través de cualquiera de los mecanismos que, en ese entonces, estén autorizados por la legislación de valores incluyendo pero no limitado a la oferta pública de venta de acciones y, de ser el caso, con sujeción a lo dispuesto en la Ley 226 de 1995 o en las normas que la sustituyan o reformen. En el evento que la obligación aquí consagrada sea cumplida mediante una oferta primaria, el valor por acción será determinado con base en un método de valoración de empresas aceptado por la Superintendencia de Valores.

Se entenderá por inversionista minoritario a aquel que, después de aceptar el ofrecimiento,

quede con una participación no mayor al medio punto porcentual (0.5%) del capital suscrito de la sociedad.

En caso de Inversión extranjera el artículo 40 del decreto 575 de 2002, de conformidad con el artículo 100 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 15 de la Ley 9ª de 1991, el artículo 6º del Decreto 2080 de 2000 y el artículo 13 de la Ley 555 de 2000, podrá haber inversión extranjera en las sociedades concesionarias de la prestación de servicios de comunicación personal, PCS, con tratamiento igual a la inversión de nacionales colombianos, mediante aportes en sociedades anónimas constituidas de conformidad con la ley y este decreto.

### **5.3. Pérdida del permiso para el acceso, uso y explotación del espectro electromagnético estatal.**

El artículo 8 de la Ley 555 de 2000, así como el artículo 31 del Decreto 575 de 2002 señalan que el operador perderá el permiso para el uso del espectro después de cinco años de otorgadas las concesiones, en aquellos municipios donde no se esté utilizando el espectro radioeléctrico asignado o no se tenga un plan de utilización para los cinco años siguientes, caso en el cual el Ministerio de Comunicaciones podrá atribuir nuevamente y reasignar el espectro para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Sin que lo anterior exima al operador de PCS del obligatorio cumplimiento del plan mínimo de expansión de que trata el artículo 10 de la ley 555 de 2000.

Entendiéndose que, de acuerdo a lo señalado en el parágrafo del artículo 31 del decreto 575 de 2002, existe un plan de utilización del espectro cuando el concesionario haya, a más tardar dentro de los seis (6) meses inmediatamente anteriores a la finalización del 5 año de la



concesión, sometido al Ministerio de Comunicaciones un plan para cubrir dichos municipios.

#### **5.4. Procedimiento de selección de los contratistas concesionarios de la prestación de los servicios de comunicación personal-PCS.**

Los contratos estatales de concesión de los servicios PCS se adjudicarán por el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones mediante subasta pública, previo el trámite de licitación pública, de acuerdo a lo señalado en el artículo 9 de la ley 555 de 2000, el 41 del decreto 575 de 2002 y en lo no previsto en estos, en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007.

Para ello el Ministerio, previo el inicio del procedimiento de contratación administrativa, informará en los medios de comunicación de amplia difusión y circulación el procedimiento para la concesión y la audiencia pública de adjudicación. Esta difusión se realizará de manera previa a la iniciación del procedimiento de selección objetiva de los concesionarios.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 42 del decreto 575 de 2002, una vez definidos los términos y condiciones del respectivo pliego de condiciones, informará a través de no menos de 2 medios de comunicación, de amplia difusión y circulación en el territorio nacional, (a) el objeto de la licitación, (b) quiénes pueden participar en la licitación (c) los aspectos principales del reglamento de la subasta, y (d) lugar, fecha y hora para la audiencia pública de adjudicación de la concesión. La apertura de cualquier licitación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 del decreto Ibídem, sólo podrá hacerse una vez efectuada esta publicación que, conjuntamente, deberán ser autorizadas mediante resolución motivada

expedida por el Ministerio.

De conformidad con el principio de transparencia, toda la documentación relativa al proceso será pública, salvo en los casos en que haya expresa reserva legal. El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones informará al público los resultados parciales y finales, y cuáles proponentes cumplieron con los pliegos de condiciones; antes de efectuarse el procedimiento de subasta, en medios de comunicación de amplia circulación y difusión. De la misma manera deberá informarse y publicarse el resultado de la adjudicación.

De acuerdo a este mismo principio en la licitación y adjudicación de los contratos de concesión de licencias de servicios de comunicación personal, PCS, intervendrá transparencia internacional, directamente o a través de su filial transparencia por Colombia, y/o un organismo no gubernamental de reconocido prestigio internacional, dedicado a la lucha contra la corrupción.

La organización tendrá acceso a los documentos, aún a los reservados, y podrá asistir a las diligencias de preparación de pliegos licitatorios, evaluación de ofertas y selección de adjudicatarios. No participará en la adopción de decisiones.

#### **5.5. De los Pliegos de Condiciones para la presentación de las ofertas, evaluación, adjudicación y celebración para la contratación por el sistema de concesión del servicio público de comunicación personal -PCS.**

El numeral 3 del artículo 9 de la ley 555 de 2000 y el artículo 44 del decreto 575 de 2002, indican que en los Contratos para la Prestación de Servicios PCS, los pliegos de condiciones deben ser elaborados por el Ministerio de Comunicaciones y en ellos deberá

establecer las condiciones mínimas jurídicas, administrativas, técnicas, económicas y demás que estime convenientes incluyendo los planes de expansión del servicio indicados en el artículo 6° del mencionado decreto, que obligatoriamente debe cumplir cada uno de los proponentes para poder participar en el procedimiento de subasta. Permitiendo el cumplimiento de dichas condiciones únicamente el derecho de poder presentar ofertas económicas.

Entre otras, el pliego de condiciones indicará las áreas de concesión licitadas y los procedimientos y plazos para (a) la presentación de preguntas, (b) la entrega de respuestas, (c) la presentación de la documentación necesaria para evaluar la aptitud de los interesados en participar en la subasta, (d) el mecanismo de evaluación para la determinación de los interesados que calificarán para participar en la subasta, (e) la definición y comunicación a los interesados sobre el resultado de la calificación antes referida, (f) la subasta, (g) las audiencias públicas que se celebren, (h) la celebración del contrato e (i) las condiciones de operación que deben cumplir los concesionarios. En lo no previsto en la Ley 555 de 2000, el pliego de condiciones se ajustará a lo establecido en la Ley 80 de 1993 la ley 1150 de 2007 y el decreto 575 de 2002.

El Ministerio de Comunicaciones podrá, de acuerdo a lo señalado en el artículo 46 del decreto 475 de 2002, en cualquier momento del proceso licitatorio, enmendar, aclarar o complementar el pliego de condiciones al igual que prorrogar cualquiera de los términos o plazos en ellos contenidos.

## **5.6. Evaluación y calificación de las propuestas u ofertas.**

Dentro de las condiciones mínimas que deben reunir los interesados para participar en la

subasta el Ministerio de Comunicaciones considerará, entre otras, la transferencia de tecnología, los ofrecimientos en investigación y desarrollo y la generación de valor agregado interno en distinta forma tales como el talento nacional, el aporte de conocimiento a centros de investigación y la producción y ensamble de piezas y partes, sin que se limite a estos aspectos.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 47 del decreto 575 de 2002, una vez surtido el procedimiento de evaluación, calificación de los interesados e información que se establezca en el pliego de condiciones, incluido el de comunicación y discusión de las evaluaciones adelantadas que ordena la Ley 80 de 1993, y antes de la fecha señalada para que tenga lugar el procedimiento de subasta, el Ministerio de Comunicaciones informará al público cuáles proponentes quedaron habilitados para participar en la subasta, por un medio de comunicación de amplia circulación y difusión nacional.

De igual manera, de conformidad con el numeral 4 del artículo 9 de la ley 555 de 2000 y el artículo 48 del decreto 575 de 2002 de acuerdo con los términos del reglamento, el Ministerio de Comunicaciones deberá convocar por escrito dirigido a todos y cada uno de los interesados en la licitación que hayan resultado calificados para participar en la subasta, con no menos de cinco (5) días comunes de antelación, a una audiencia pública para:

Explicar el contenido de la reglamentación y

Permitir que los interesados presenten sus observaciones.

Con base en esta audiencia, el Ministerio de Comunicaciones realizará los ajustes que estime pertinentes a la reglamentación. Debiendo comunicar al público en general mediante aviso publicado en un diario de amplia circulación nacional, la fecha de celebración de esta

audiencia, con no menos de tres (3) días comunes de antelación a su celebración.

#### **5.7. Audiencia pública de subasta para la selección de la oferta mas favorable y conveniente para la administración Pública concedente.**

Teniendo en cuenta los principios generales de contratación, enunciados en el artículo 5 de la Ley 555 de 2000, los contratos estatales de concesión de los servicios PCS se adjudican por el Ministerio mediante subasta pública, previo el trámite de licitación pública, de acuerdo con los requisitos, procedimientos y términos previstos en la ley, en el decreto 575 de 2002 y, en lo no previsto por estos, por las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, o las normas que la reglamentan, sustituyan, modifiquen o adicionen. Las subastas tendrán por objeto la escogencia de los mejores postores para la prestación, por concesión, de los servicios de comunicación personal, PCS.

De acuerdo con los términos del reglamento, el Ministerio realizará el procedimiento de subasta y de adjudicación de concesiones en audiencia pública, las cuales serán convocadas a través de medios de comunicación de amplia circulación y difusión, con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles. La audiencia será presidida por el Ministro.

En las concesiones iniciales a través de las subastas se escogerá un concesionario para cada una de las áreas oriental, occidental y Costa Atlántica sin perjuicio que en dos o más de dichas áreas resulte un mismo adjudicatario. Las áreas referidas comprenderán el mismo territorio asignado a ellas en el proceso de concesión de TMC.

Por disposición del artículo 49 del Decreto 575 de 2002 el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones informará a los proponentes y al público en general, el valor mínimo o base de cada una de las áreas a conceder, tan pronto éstos sean

determinados. Para el caso de las concesiones iniciales este valor se informará respecto de cada área. Para la determinación del valor mínimo el Ministerio de Comunicaciones tendrá en cuenta las recomendaciones del comité de participación privada, CPP, integrado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Director del Departamento Nacional de Planeación. La comunicación aquí ordenada será efectuada de conformidad con lo que establezca el pliego de condiciones.

En la determinación del precio mínimo para las concesiones iniciales, el Ministerio s tendrá en cuenta el principio de equilibrio económico con los operadores de TMC. Para este propósito se tendrán en cuenta, entre otros:

- a) El tamaño del mercado ofrecido a los operadores de TMC y a los de los servicios PCS;
- b) El término de exclusividad conferido a los operadores de TMC más aquel que haya cursado en exceso de dicha exclusividad;
- c) El número de usuarios de la RTMC;
- d) El valor inicialmente pagado por los operadores de TMC, correspondiente a lo que reste del término inicial de las concesiones;
- e) El valor pagado por los operadores de TMC por la prórroga de sus contratos de concesión hasta completar el término de las concesiones iniciales;
- f) Las condiciones sociales, políticas y económicas existentes al tiempo de la adjudicación de

las concesiones de TMC y las que reinen al tiempo de las licitaciones para servicios PCS incluyendo el riesgo país tal como lo consideran las entidades multilaterales y los mercados internacionales;

g) Las políticas de tarifas implementadas por los operadores de TMC durante el tiempo que lleven operando;

h) Las exenciones de carácter tributario de que gozaron los operadores de TMC, e

i) Las condiciones generales del mercado de las telecomunicaciones colombianas y mundiales imperantes tanto al tiempo de adjudicación de las concesiones de TMC como en la época en que se ofrezcan las de servicios PCS. Los parámetros anteriores servirán para preservar la sana competencia referida en la Ley 555 de 2000, al igual que para la estimación de la rentabilidad de las concesiones.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 49 del decreto 475 de 2002, las subastas se adelantarán por el sistema de rondas consecutivas dejando, entre ronda y ronda, el lapso que el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones considere conveniente para que los postores puedan considerar mejores posturas a las obtenidas en la ronda inmediatamente anterior. Las subastas no tendrán que terminar el mismo día en el cual se dé comienzo a ellas y podrán extenderse por el tiempo que sea necesario.

Las subastas terminarán con la adjudicación de la concesión una vez haya habido dos rondas consecutivas en que no se hayan recibido posturas. En el caso que se encuentren subastando varias áreas se entenderá que no hay posturas en una ronda cuando en todas las áreas se presente la falta de posturas por dos rondas consecutivas. El procedimiento y el

cronograma de las subastas serán fijados por el Ministerio de Comunicaciones.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52 de la norma ibídem podrán presentarse posturas conjuntas, en cumplimiento de los principios de cobertura nacional y maximización de los ingresos de la Nación, en las concesiones iniciales y en cualesquiera otras subsiguientes cuando éstas se dividan por áreas, permitiendo a los postores presentar (i) posturas individuales para cada área, o (ii) posturas conjuntas para todas las áreas. Entendiéndose que las posturas conjuntas están sometidas, para su escogencia en caso de resultar las mejores, a la modalidad de *“Todo o Nada”* tal como ella se define en las normas del mercado público de valores.

Las posturas conjuntas se presentarán indicando el valor total ofrecido por todas las áreas y, con ello, aceptando que el valor ofrecido sea, para efectos de comparación, distribuido por el Ministerio de Comunicaciones de conformidad con la metodología descrita en el artículo siguiente.

Para efectos de comparación, de acuerdo a lo señalado en el decreto Ibídem, el valor de cada una de las posturas conjuntas se distribuirá por área, aplicando a cada área el porcentaje que arroje el valor de la mejor postura individual para dicha área con respecto al total de la sumatoria de la mejor postura individual de cada una de las áreas subastadas. En el evento que no haya postura individual para una o más áreas para calcular el porcentaje referido, se tomará como uno de los sumandos el valor mínimo fijado por el Ministerio de Comunicaciones para el área correspondiente.

En caso de simultaneidad y concurrencia, cuando se estén subastando varias áreas, la adjudicación de cada área se efectuará simultáneamente con base en las mejores posturas



determinadas conforme a lo indicado en los artículos anteriores.

Las subastas considerarán los principios de (i) cubrimiento nacional, es decir, que los servicios de comunicación personal, PCS, sean ofrecidos a todos los habitantes del territorio nacional que les permitan comunicarse a través de ellos no sólo con usuarios PCS en la misma área y en el resto del territorio nacional sino también con usuarios de otras redes de telecomunicaciones fijas o móviles en cualquier lugar del territorio nacional, y (ii) maximización de los ingresos de la Nación, es decir, que se reciba por las concesiones el mayor valor que el mercado esté dispuesto a pagar por ellas en la época de la concesión siempre que sea igual o superior al valor mínimo.

En el evento que en la primera ronda se reciban posturas que se encuentren en un rango igual o superior al 90% del valor mínimo, a los postores que se encuentren en esa condición se les autorizará, por una sola vez, incrementar su postura para igualar el valor mínimo y, de esta manera, continuar habilitados para participar en las demás rondas de las subastas. Lo anterior no será aplicable en el evento en que se presente un solo proponente habilitado y en este caso el proceso se declarará desierto. Para adelantar cada una de las subastas, se requerirá al menos un postor.

El decreto 575 de 2002 en su artículo 55 inciso segundo dispone que no obstante el procedimiento de subasta, los participantes que no hayan resultado adjudicatarios mantendrán su última postura por un término no menor de 60 días comunes contados a partir de la fecha en que el adjudicatario deba suscribir el respectivo contrato. Entendiendo esta obligación como aceptada por el sólo hecho de someter postura en la subasta; disponiendo en su inciso segundo que no habrá lugar a la adjudicación y, por tanto, se declarará desierta la subasta, cuando ningún proponente haya ofertado por lo menos el

valor mínimo, el cual será fijado por el Ministerio de Comunicaciones para cada una de las concesiones.

Dentro del trámite de selección y adjudicación de los contratos de concesión los proponentes deberán otorgar garantías de seriedad para sus propuestas y para tal efecto el Ministerio de Comunicaciones establecerá el valor base de las mismas. El Ministerio de Comunicaciones podrá ordenar ampliar el plazo o el valor de las garantías en cualquier momento dentro del procedimiento de subasta.

Es importante señalar que de acuerdo con el artículo 57 del decreto 575 de 2002 , no es posible dentro de estos procesos de selección la declaratoria de urgencia, ya que por disposición de esta norma en todo caso la adjudicación de la concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, se hará previo el trámite del procedimiento de subasta ordenado por la Ley 555 de 2000 y, por ende, no podrá el Ministerio de Comunicaciones declarar urgencia evidente a fin de prescindir de la licitación pública correspondiente.

Así mismo es deber del Ministerio de Comunicaciones, informar al público en general dentro del mes siguiente a la adjudicación, por un medio de comunicación de amplia circulación y difusión nacional y, si fuere el caso, en uno de amplia circulación en cada una de las áreas adjudicadas, el resultado de la adjudicación.

#### **5.8. Contraprestaciones económicas en el contrato conmutativo estatal de concesiones para la prestación de los servicios de comunicación personal -PCS.**

Los concesionarios de la prestación de servicios PCS deberán realizar un pago inicial y pagos periódicos. El pago inicial corresponde al valor que el proponente ofreció en el

procedimiento de subasta y por el cual se adjudicó la concesión. En caso de prórroga del contrato de concesión, el Gobierno deberá cobrar un porcentaje del valor de la licencia inicial pagada por los operadores del PCS. El concesionario deberá pagar además las contraprestaciones periódicas establecidas en la presente ley.

Los pagos periódicos se calcularán como un porcentaje de los ingresos que reciban los operadores de sus usuarios por concepto de la prestación de estos servicios. El valor de estos pagos periódicos incluye la contraprestación por el uso del espectro radioeléctrico asignado para los servicios PCS. Este porcentaje será fijado por el Gobierno Nacional de conformidad con las normas que regulan la materia. Dicho porcentaje será igual al que se establece para TMC, se calculará utilizando la misma definición de ingresos brutos contenida en los contratos de concesión de los operadores de TMC, y será pagadero a partir de la fecha de celebración del contrato de concesión, dentro de los treinta (30) días comunes siguientes al vencimiento del correspondiente período trimestral.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 32 del Decreto 575 de 2002 la concesión podrá cederse, total o parcialmente, previa autorización del Ministerio de Comunicaciones, en los términos establecidos en la Ley 80 de 1993 y el Decreto-Ley 1900 de 1990. En ningún caso, el Ministerio de Comunicaciones podrá autorizar la cesión a las personas indicadas en los artículos 28 y 37 de este decreto, sino después de transcurridos tres (3) años, contados a partir de la fecha de celebración del primer contrato de las concesiones iniciales.

#### **5.9. Adjudicación, suscripción, celebración y perfeccionamiento del contrato de concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal.**

Señala el artículo 60 del Decreto 575 de 2002 que la resolución de adjudicación será

irrevocable y obliga por igual al Ministerio de Comunicaciones y al adjudicatario.

El adjudicatario está obligado a aportar los documentos y cumplir los requisitos que, según el pliego de condiciones, sean necesarios para la firma y el posterior perfeccionamiento del contrato.

Si el proponente favorecido (a) no firmare el contrato, (b) no aportare los documentos necesarios para el perfeccionamiento del mismo dentro del plazo fijado en el pliego de condiciones, o (c) no pagare el precio inicial o la parte del precio inicial a que se hubiere obligado en la oportunidad determinada por el ministerio, el Ministerio de Comunicaciones podrá optar entre (i) abrir una nueva licitación para el área o áreas respectivas, o (ii) adjudicar, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, al proponente para la correspondiente área que hubiere efectuado la postura inmediatamente anterior a aquella con que el adjudicatario se hizo acreedor a la concesión; si tampoco fuere posible perfeccionar el contrato con este proponente dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, el Ministerio de Comunicaciones podrá adjudicarlo al proponente para la correspondiente área que hubiere efectuado la postura inmediatamente anterior a aquella con que el segundo adjudicatario se hizo acreedor a la concesión descartando las que hubieren podido quedar en ese lugar por ambos de los adjudicatarios incumplidos y así sucesivamente. En los casos de incumplimiento aquí referidos el Ministerio de Comunicaciones hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta.

Hacen parte integrante del contrato de concesión para la prestación de los servicios de comunicación personal, PCS, los anexos al contrato, el pliego de condiciones y sus anexos, los documentos presentados en la propuesta, en el entendido que la interpretación se realizará en este orden.

#### **5.10. Causales de incumplimiento grave.**

Por su parte el artículo 62 del decreto 575 de 2002, señala que además de las previstas especialmente en la ley y las que se prevean en el pliego de condiciones y en el contrato de concesión de los servicios de comunicación personal, PCS, son causales de incumplimiento grave del contrato de concesión y, por tanto, puedan dar origen a la declaración de caducidad del contrato de concesión en los términos y condiciones previstos en la Ley 80 de 1993, las siguientes:

- a) Para las sociedades anónimas privadas y mixtas, el no inscribir sus acciones en la bolsa de valores colombiana dentro los tres (3) años siguientes contados a partir del perfeccionamiento del contrato de concesión;
- b) El incumplimiento en el cronograma correspondiente a los planes de expansión;
- c) Por suspensión total en la prestación de los servicios, a más del 20% de los usuarios, por un término de 15 días o más, sin previa autorización del Ministerio de Comunicaciones o sin causa justificada;
- d) Por permitir la enajenación o efectuar la colocación de sus acciones a las personas y en contravención a lo indicado en el artículo 28 de este decreto;
- e) No cumplir con la obligación prevista en el artículo 37 de este decreto;
- f) El incumplimiento en cualquiera de los pagos establecidos en el contrato o en su

prórroga.

## **6. Régimen especial de los contratos de prestación de servicios de Televisión.**

La televisión de acuerdo a la definición dada por el artículo primero de la Ley 182 de 1995 es un servicio público sujeto a la titularidad, reserva, control y regulación del Estado, cuya prestación corresponderá, mediante concesión, a las entidades públicas a que se refiere esta Ley, a los particulares y comunidades organizadas, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política.

Técnicamente, señala el inciso segundo del mencionado artículo, es un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video en forma simultánea. Este servicio público está vinculado intrínsecamente a la opinión pública y a la cultura del país, como instrumento dinamizador de los procesos de información y comunicación audiovisuales.

Para la operación y explotación de medios masivos de televisión, por disposición del artículo 29 de ley en comento, se requiere autorización previa por parte del Estado, la cual depende de las posibilidades del espectro electromagnético, de las necesidades del servicio y de la prestación eficiente y competitiva del mismo. Una vez otorgada la concesión, el operador o el concesionario de espacios de televisión harán uso de la misma, sin permisos o autorizaciones previas. En todo caso, el servicio estará sujeto a la intervención, dirección, vigilancia y control de la Comisión Nacional de Televisión.

Por su parte, el artículo 35 de la ley 182 de 1995 define al operador como la persona

jurídica pública o privada, con o sin ánimo de lucro, que utiliza directamente las frecuencias requeridas para la prestación del servicio público de televisión en cualquiera de sus modalidades, sobre un área determinada, en virtud de un título concedido por ministerio de la ley, por un contrato o por una licencia.

Siendo operadores del servicio público de televisión las siguientes personas: el Instituto Nacional de Radio y Televisión al que hace referencia la presente ley, las organizaciones regionales de televisión, actualmente constituidas y las que se constituyan en los términos de la presente Ley, las personas jurídicas autorizadas en virtud de contrato para cubrir las zonas que más adelante se describen, las organizaciones comunitarias y personas jurídicas titulares de licencias para cubrir el nivel local, y las personas autorizadas para prestar el servicio de televisión cerrada o por suscripción.

Por concesión entiende el artículo 46 de la mencionada ley que es el acto jurídico en virtud del cual, por ministerio de la ley o por decisión reglada de la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión, se autoriza a las entidades públicas o a los particulares a operar o explotar el servicio de televisión y a acceder en la operación al espectro electromagnético atinente a dicho servicio.

#### **6.1 Contratos de concesión para la operación y prestación de servicios de Televisión.**

El artículo 56 de la ley 182 de 1995, modificado por el artículo 13 de la Ley 335 de 1996 dispuso que a partir del 1º de enero de 1998, el servicio de televisión fuera prestado a nivel nacional por los canales nacionales de operación pública y por los canales nacionales de operación privada, disponiendo que los concesionarios de los canales nacionales de

operación privada deberán ser Sociedades Anónimas con un mínimo de trescientos (300) accionistas. Las cuales deberán inscribir sus acciones en las Bolsas de Valores, prohibiendo a quien participe como socio en un Canal Nacional de operación privada, ser concesionario en los Canales Nacionales de operación pública, ni operador contratista de los Canales Regionales, ni operador ni contratista de estaciones locales de televisión.

Disponiendo que en aras de la democratización en el acceso al uso del espectro electromagnético y sin perjuicio de los contratos de concesión de espacios de televisión vigentes, ningún concesionario en los Canales nacionales de operación privada o beneficiario real de la inversión de éstos en los términos del artículo 52 de la Ley 182 de 1995, podrá ser Concesionario en un nivel territorial distinto del que sea titular, ni participar directamente o como beneficiario real de la inversión en los términos mencionados, en el capital de cualquier sociedad que preste el servicio en un nivel territorial distinto del que sea titular.

De igual forma nadie podrá resultar adjudicatario de más de una concesión dentro del nivel territorial que le ha sido asignado y quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

## **6.2 Contratos de concesión para la operación, prestación y programación de espacios de televisión.**

El artículo 17 de la ley 333 de 1996, dispuso que con el objeto de establecer la real y efectiva igualdad de condiciones para los concesionarios y los operadores del servicio público de televisión en los distintos niveles de cubrimiento territorial, en cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad ante la ley y en el acceso al espectro



electromagnético, la Comisión Nacional de Televisión abrirá licitación pública para la adjudicación de los espacios de televisión pública, seis (6) meses antes de sus respectivos vencimientos.

Los concesionarios de espacios de televisión con contratos vigentes, tendrán la facultad de renunciar a la concesión que les ha sido otorgada y proceder a la terminación anticipada de los contratos sin que haya lugar a indemnización alguna por éste concepto. Los espacios respectivos serán adjudicados mediante licitación pública que abrirá la Comisión Nacional de Televisión, dentro de los tres (3) meses siguientes a dichas renunciaciones, si se dieran.

Por su parte, el parágrafo de la norma en comento señala que la Comisión Nacional de Televisión deberá determinar las condiciones, requisitos, mecanismos y procedimientos que deberán cumplir los aspirantes a ser concesionarios de los espacios de televisión de que trata el presente artículo teniendo en cuenta para ello criterios que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios de televisión y que eviten las prácticas monopolísticas, así como el aprovechamiento indebido de posiciones dominantes en el mercado.

El artículo 56 de la ley 182 de 1995 no se podrá otorgar a los concesionarios de espacios de televisión más del veinticinco por ciento (25%) ni menos del siete punto cinco por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena.

### **6.3 Licencias para la operación y prestación de servicios de la televisión comunitaria.**

El artículo 47 ley 182 de 1995 dispone que los interesados en prestar el servicio de

televisión en los canales comunitarios y/o locales deberán acceder a la concesión mediante el procedimiento de licitación y el de audiencia pública.

La Comisión otorgará las licencias con base en los criterios de selección objetiva previstos en la ley y con las normas que sobre el particular se expidan por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión.

## **7. Régimen especial de los contratos de concesión para la prestación de servicios de transporte público.**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 105 de 1993 integra el sector Transporte, el Ministerio de Transporte, sus organismos adscritos o vinculados y la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto estará sujeta a una relación de coordinación con el Ministerio de Transporte.

Conforman el Sistema Nacional de Transporte, para el desarrollo de las políticas de transporte, además de los organismos y entidades indicadas anteriormente, los organismos de tránsito y transporte, tanto terrestre, aéreo y marítimo e infraestructura de transporte de las entidades territoriales y demás dependencias de los sectores central o descentralizado de cualquier orden, que tengan funciones relacionadas con esta actividad.

Por su parte, el servicio de transporte público es definido por la ley en mención como una industria encaminada a garantizar la movilización de personas o cosas por medio de vehículos apropiados a cada una de las infraestructuras del sector, en condiciones de libertad de acceso, calidad y seguridad de los usuarios sujeto a una contraprestación económica y se regida por los principios de acceso al transporte, del carácter de servicio público del transporte, de la colaboración entre entidades, de la participación ciudadana, de

las rutas para el servicio público de transporte de pasajeros, de la libertad de empresa, de los permisos o contratos de concesión, del transporte intermodal y de los subsidios a determinados usuarios.

El acceso al transporte implica que el usuario pueda transportarse a través del medio y modo que escoja en buenas condiciones de acceso, comodidad, calidad y seguridad; que los usuarios sean informados sobre los medios y modos de transporte que le son ofrecidos y las formas de su utilización, que las autoridades competentes diseñen y ejecuten políticas dirigidas a fomentar el uso de los medios de transporte, racionalizando los equipos apropiados de acuerdo con la demanda y propendiendo por el uso de medios de transporte masivo; que el diseño de la infraestructura de transporte, así como en la provisión de los servicios de transporte público de pasajeros, las autoridades competentes promuevan el establecimiento de las condiciones para su uso por los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos.

La operación del transporte público en Colombia por ser un servicio público se encuentra bajo la regulación del Estado, quien ejercerá el control y la vigilancia necesarios para su adecuada prestación en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad. Razón por la cual con el fin de garantizar su continua prestación excepcionalmente la Nación, las Entidades Territoriales, los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier orden, podrán prestar el servicio público de transporte, cuando este no sea prestado por los particulares, o se presenten prácticas monopolísticas u oligopolísticas que afecten los intereses de los usuarios. Sometiéndose a las mismas condiciones y regulaciones de los particulares.

El principio de colaboración implica que los diferentes organismos del Sistema

Nacional de Transporte velarán porque su operación se funde en criterios de coordinación, planeación, descentralización y participación.

La participación ciudadana implica que todas las personas en forma directa, o a través de las organizaciones sociales, podrán colaborar con las autoridades en el control y vigilancia de los servicios de transporte y que las autoridades presten especial atención a las quejas y sugerencias que se formulen y deberán darles el trámite debido.

El transporte público opera por rutas de servicio, las cuales comprenden el trayecto entre un origen y un destino, con un recorrido determinado y unas características en cuanto a horarios, frecuencias y demás aspectos operativos. Estas rutas son fijadas previamente por la autoridad de tránsito competente y para explotarlas es necesario el otorgamiento de permisos o contratos de concesión a operadores de transporte público a particulares que no genera derechos especiales, diferentes a los estipulados en dichos contratos o permisos.

El Gobierno Nacional a través del Decreto 170 de 2001, ha establecido las condiciones para el otorgamiento de rutas para cada modo de transporte, teniendo en cuenta los estudios técnicos que se elaboren con énfasis en las características de la demanda y la oferta. El otorgamiento de rutas se podrá realizar mediante concurso, en cuyo caso se establecerán las condiciones del mismo.

En desarrollo del principio de libertad de empresa, señala la ley que para la constitución de empresas o de formas asociativas de transporte no se podrán exigir otros requisitos que los establecidos en las normas legales y en los reglamentos respectivos. Así para acceder a la prestación del servicio público, las empresas, formas asociativas de transporte y de economía solidaria deberán estar habilitadas por el Estado y para asumir esa responsabilidad, acreditarán condiciones que demuestren capacidad técnica, operativa,

financiera, de seguridad y procedencia del capital aportado. Las autoridades sólo podrán aplicar las restricciones a la iniciativa privada establecidas en la Ley, que tiendan a evitar la competencia desleal, el abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, para garantizar la eficiencia del sistema y el principio de seguridad.

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Transporte o sus organismos adscritos reglamentará las condiciones de carácter técnico u operativo para la prestación del servicio, con base en estudios de demanda potencial y capacidad transportadora.

En cuanto al transporte de carga será prestado por personas naturales o jurídicas debidamente autorizadas por las autoridades y el Gobierno Nacional regulará su funcionamiento. El Gobierno establecerá los lineamientos para que el transporte de carga se lleve a cabo bajo condiciones de seguridad y eficiencia. Igualmente no existirán restricciones para rutas y frecuencias, estas serán determinadas por el mercado. El Gobierno Nacional podrá establecer condiciones técnicas y de seguridad para la prestación del servicio y su control será responsabilidad de las autoridades de tránsito.

Por otra parte, sin perjuicio de lo previsto en tratados, acuerdos o convenios de carácter internacional, la prestación del servicio de transporte público estará sujeta a la expedición de un permiso o contrato de concesión u operación por parte de la autoridad competente. Teniendo derecho a ese permiso o contrato de concesión u operación quien cumpla con las exigencias que al respecto se establezcan.

Las autoridades competentes promoverán el mejor comportamiento intermodal, favoreciendo la sana competencia entre modos de transporte, así como su adecuada complementación.

Finalmente con relación a los subsidios, permite la ley que el Gobierno Nacional, las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales puedan establecer subsidios a favor de estudiantes, personas discapacitadas físicamente, de la tercera edad y atendidas por servicios de transporte indispensables, con tarifas fuera de su alcance económico. En estos casos, el pago de tales subsidios será asumido por la entidad que lo establece la cual debe estipular en el acto correspondiente la fuente presupuestal que lo financie y una forma de operación que garantice su efectividad. Los subsidios de la Nación sólo se podrán canalizar a través de transferencias presupuestales.

El servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros ya sea por carretera o colectivo, según lo señalado en los decretos 170 y 171 de 2001, es aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en ésta modalidad, a través de un contrato celebrado entre la empresa y cada una de las personas que han de utilizar el vehículo de servicio público a esta vinculado, para su traslado en una ruta legalmente autorizada, o para recorrer total o parcialmente una o más rutas legalmente autorizadas.

El régimen de los requisitos que deben cumplir las empresas de transporte con el fin de ser habilitadas y para prestar este servicio al público se encuentra contenido en los decretos mencionados anteriormente, mediante los cuales el gobierno nacional, en uso de las precisas facultades otorgadas por el legislador en la ley 105 de 1993 reglamentó a través del Decreto 170 de 2001 el servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros y a través del 171 de 2001 el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera.

## **7.1 Condiciones y requisitos para obtener habilitación y prestación en la**

**modalidad del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros metropolitano, distrital y municipal.**

El título II del Decreto 171 de 2001, contiene los requisitos que se deben cumplir las empresas para obtener la habilitación para prestar el servicio público de transporte terrestre colectivo de pasajeros en el radio de acción metropolitano, distrital y municipal, la cual les autoriza para prestar el servicio solamente en la modalidad solicitada.

El artículo 15 del mencionado decreto, señala que para obtener esta habilitación, las empresas deberán acreditar los siguientes requisitos, con el fin de asegurar la prestación por parte de éstas, de un servicio eficiente, seguro, oportuno y económico, bajo los criterios básicos de cumplimiento de los principios rectores del transporte, como el de la libre competencia y el de la iniciativa privada, a las cuales solamente se aplicarán las restricciones establecidas por la ley y los convenios internacionales.

- Solicitud dirigida a la autoridad de transporte competente, suscrita por el representante legal.

- Certificado de existencia y representación legal expedido con una antelación máxima de treinta (30) días hábiles, en el que se determine que dentro de su objeto social desarrolla la industria del transporte.

- Indicación del domicilio principal, señalando su dirección.

- Descripción de la estructura organizacional de la empresa relacionando la preparación especializada y/o la experiencia laboral del personal administrativo, profesional, técnico y tecnólogo contratado por la empresa.

- Certificación firmada por el representante legal sobre la existencia de los contratos

de vinculación del parque automotor que no sea propiedad de la empresa. De los vehículos propios, se indicará este hecho.

-Relación del equipo de transporte propio, de socios o de terceros, con el cual prestará el servicio, con indicación del nombre y número de cédula del propietario, clase, marca, placa, modelo, número de chasis, capacidad y demás especificaciones que permitan su identificación de acuerdo con las normas vigentes.

-Descripción y diseño de los colores y distintivos de la empresa.

-Certificación suscrita por el representante legal sobre la existencia del programa y del fondo de reposición del parque automotor con que contará la empresa.

-Certificación suscrita por el representante legal sobre la existencia de programas de revisión y mantenimiento preventivo que desarrollará la empresa para los equipos con los cuales prestará el servicio.

-Estados financieros básicos certificados de los dos últimos años con sus respectivas notas. Las empresas nuevas sólo requerirán el balance general inicial.

-Declaración de renta de la empresa solicitante de la habilitación correspondiente a los dos (2) últimos años gravables anteriores a la presentación de la solicitud, si por ley se encuentra obligada a cumplirla.

-Demostración de un capital pagado o patrimonio líquido de acuerdo al valor resultante del cálculo que se haga en función de la clase de vehículo y el número de



unidades fijadas en la capacidad transportadora máxima para cada uno de ellos, el cual no será inferior a trescientos (300) smmlv según la tabla contenida en el numeral 12 del artículo 15 del decreto 170 de 2001. El salario mínimo mensual legal vigente a que se hace referencia, corresponde al vigente en el momento de cumplir el requisito.

-El capital pagado o patrimonio líquido de las empresas asociativas del sector de la economía solidaria será el precisado en la legislación cooperativa, Ley 79 de 1988 y demás concordantes vigentes.

-Durante los primeros cuatro (4) meses de cada año, las empresas habilitadas ajustarán el capital o patrimonio líquido de acuerdo con la capacidad transportadora máxima con la que finalizó el año inmediatamente anterior. La habilitación para empresas nuevas no estará sujeta al análisis de los factores financieros, pero sí a la comprobación del pago del capital o patrimonio líquido.

-Copia de las pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual exigidas en el presente decreto.

-Duplicado a carbón de la consignación a favor de la autoridad de transporte competente por el pago de los derechos que se causen debidamente registrados por la entidad recaudadora.

Los requisitos contemplados en los numerales 10, 11 y 12, por disposición del párrafo primero del artículo 15 del norma en mención, pueden ser suplidos en aquellas empresas que cuenten con revisor fiscal, con una certificación suscrita por el representante legal, el

contador y el revisor fiscal de la empresa, donde conste la existencia de las declaraciones de renta y de los estados financieros con sus notas y anexos, ajustados a las normas contables y tributarias en los dos (2) últimos años y el cumplimiento del capital pagado o patrimonio líquido requerido. Con esta certificación, deberá adjuntar copia de los dictámenes e Informes y de las notas a los estados financieros, presentados a la respectiva asamblea o junta de socios, durante los mismos años.

Por otra parte las empresas nuevas que sean habilitadas para la prestación de este servicio, de acuerdo a lo señalado en el parágrafo segundo de la norma Ibidem deberán acreditar los requisitos establecidos en los numerales 5°, 6° y 13 en un término no superior a seis (6) meses improrrogables, contados a partir de la ejecutoria de la resolución que le otorga la habilitación so pena que esta sea revocada.

Una vez presentada la solicitud de habilitación, la autoridad de transporte competente dispondrá de un término no superior a noventa (90) días hábiles para decidir., la cual deberá ser concedida o negará mediante resolución motivada en la que se especifique como mínimo el nombre, razón social o denominación, domicilio principal, capital pagado patrimonio líquido, radio de acción y modalidad de servicio; una vez otorgada esta será indefinida mientras subsistan las condiciones exigidas y acreditadas para su otorgamiento; Sin perjuicio de las disposiciones legales contenidas en el régimen sancionatorio; pudiendo en todo caso las autoridades metropolitanas, distritales o municipales competentes en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, verificar las condiciones que dieron origen a la habilitación.

Debiendo las empresas comunicar a la autoridad todos aquellos casos de transformación, fusión, absorción, o incorporación; adjuntando para tal efecto los nuevos certificados de

existencia y representación legal, con el objeto de efectuar las aclaraciones y modificaciones correspondientes. Teniendo permanentemente a disposición de la autoridad de transporte competente las estadísticas, libros y demás documentos que permitan verificar la información suministrada.

## **7.2 Régimen de seguros y garantías contractuales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del decreto 171 de 2001 y lo señalado en los artículos 994 y 1003 del Código de Comercio, las empresas de transporte público colectivo terrestre automotor de pasajeros del radio de acción metropolitano, distrital y/o municipal de transporte público deberán tomar con una compañía de seguros autorizada para operar en Colombia, las pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual que las ampare de los riesgos inherentes a la actividad transportadora, así:

- Póliza de responsabilidad civil contractual que deberá cubrir al menos, los siguientes riesgos:

- Muerte;

- Incapacidad permanente;

- Incapacidad temporal, y

- Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios.

- El monto asegurable por cada riesgo no podrá ser inferior a 60 smmlv por

persona.

-Póliza de responsabilidad civil extracontractual que deberá cubrir al menos, los siguientes riesgos:

-Muerte o lesiones a una persona;

-Daños a bienes de terceros, y

-Muerte o lesiones a dos o más personas.

-El monto asegurable por cada riesgo no podrá ser inferior a 60 smmlv, por persona.

Siendo condición para la operación de los vehículos legalmente vinculados a las empresas autorizadas para la prestación del servicio en esta modalidad de transporte la vigencia de los seguros contemplados por la norma, será condición para la operación de los vehículos, debiendo la compañía de seguros que ampare a la empresa con relación a los seguros informar a la autoridad de transporte competente la terminación automática del contrato de seguros por mora en el pago de la prima o la revocación unilateral del mismo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de terminación o de revocación.

El artículo 22 del Decreto 171 de 2001, permite la constitución de fondos de responsabilidad como mecanismo complementario para cubrir los riesgos derivados de la prestación del servicio, sin perjuicio de la obligación de obtener y mantener vigentes las pólizas de seguros señaladas en el decreto, y cuyo funcionamiento, administración,

vigilancia y control será ejercido por la Superintendencia Financiera o la entidad de inspección y vigilancia que sea competente según la naturaleza jurídica del fondo.

Una vez obtenida la habilitación, su radio de acción será de carácter metropolitano, distrital o municipal según el caso. Pudiendo adjudicarse por la autoridad competente los servicios de transporte únicamente dentro del territorio de la respectiva jurisdicción.

### **7.3 Adjudicación, contratación y acceso a la prestación del servicio de transporte**

De acuerdo a lo señalado en el artículo 24 del decreto 171 de 2001, la prestación de este servicio público de transporte estará sujeta a la expedición de un permiso o la celebración de un contrato de concesión o de operación suscrito por la autoridad competente, como resultado de un proceso licitatorio efectuado en las condiciones establecidas previamente en los pliegos de condiciones de conformidad con la Ley y el reglamento.

La continuidad de la prestación del servicio en las rutas y frecuencias autorizadas a las empresas de transporte con licencia de funcionamiento vigente a la fecha de expedición del Decreto 171 de 2001, estará sujeta a la obtención de la habilitación en los términos establecidos en el artículo 14 del mismo. Este permiso para prestar el servicio público de transporte es revocable y obliga a su beneficiario a cumplir las condiciones establecidas en el acto que las concedió.

Las rutas y frecuencias a servir se adjudicarán por un término no mayor de cinco (5) años. En los términos de referencia del concurso se establecerán objetivos de calidad y excelencia en el servicio, que en caso de ser cumplidos por la empresa le permitan prorrogar de manera automática y por una sola vez el permiso hasta por el término inicialmente

adjudicado.

Los objetivos de calidad y excelencia estarán determinados por parámetros como la disminución de la edad del parque automotor, la optimización de los equipos de acuerdo con la demanda, la utilización de tecnologías limpias y otros parámetros que contribuyan a una mejora sustancial en la calidad y nivel de servicio inicialmente fijados.

La autorización para la prestación del servicio público de transporte colectivo de pasajeros del radio de acción metropolitano, distrital y municipal en una ruta o sistema de rutas será el resultado de una licitación pública, en la que se garantice la libre concurrencia y la iniciativa privada para la creación de nuevas empresas. Debiendo la respectiva autoridad, por disposición del artículo 27 de la norma ibídem, determinar las medidas conducentes a satisfacer las necesidades insatisfechas de movilización; adelantando para el efecto los estudios que determinen la demanda de movilización, realizados o contratados por la autoridad competente. Hasta tanto la Comisión de Regulación del Transporte señale las condiciones generales bajo las cuales se establezcan la demanda insatisfecha de movilización, los estudios deberán desarrollarse de acuerdo con los parámetros establecidos en la Resolución 2252 de 1999.

Cuando los estudios no los adelante la autoridad de transporte competente serán elaborados por universidades, centros de consulta del Gobierno Nacional y consultores especializados en el área de transporte, que cumplan los requisitos señalados para el efecto por la Comisión de Regulación del Transporte.

#### **7.4. Adjudicación de rutas y frecuencias en el servicio básico.**

Una vez cumplido el trámite señalado anteriormente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 Ibídem y subsiguientes, la autoridad de transporte competente ordenará iniciar el trámite licitatorio, el cual deberá estar precedido del estudio y de los términos de referencia correspondientes; lo cuales deben establecer los aspectos relativos al objeto de la licitación, fecha y hora de apertura y cierre, requisitos que deberán llenar los proponentes, tales como: las rutas disponibles, frecuencias, clase y número de vehículos, nivel de servicio, determinación y ponderación de los factores para la evaluación de las propuestas, término para comenzar a prestar el servicio, su regulación jurídica, derechos y obligaciones de los adjudicatarios y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas y claras.

Los términos de referencia deberán establecer un plazo de duración del permiso, contrato de operación o concesión y las condiciones de calidad y excelencia en que se prestará el servicio.

### **7.5 Evaluación de las propuestas u ofertas.**

La evaluación de las propuestas se hará en forma integral y comparativa, teniendo en cuenta los factores de calificación que para el efecto señale la Comisión de Regulación del Transporte. Estimulando la constitución de cooperativas, de acuerdo con la Ley 79 de 1988, de aquellas que tengan por objeto la prestación del servicio público de transporte, dando prelación en la asignación de servicios cuando se encuentren en igualdad de condiciones con otras empresas interesadas.

Con relación al procedimiento para la adjudicación el artículo 30 Ibídem, hasta que la Comisión de Regulación del Transporte determine otro procedimiento para la adjudicación

de rutas y horarios la autoridad de transporte competente atenderá el siguiente:

- Determinación de las necesidades del servicio por parte de la autoridad de transporte competente.

- Apertura de licitación pública por parte de la autoridad de transporte competente.

- Adjudicación de servicios.

- La apertura de la licitación y la adjudicación de servicios se hará de conformidad con el siguiente procedimiento:

- La resolución de apertura deberá estar precedida del estudio mencionado anteriormente y de la elaboración de los términos de referencia.

- Los términos de referencia, entre otros aspectos, determinarán los relativos al objeto del concurso, requisitos que deben llenar los proponentes, plazo del concurso, las rutas, sistemas de rutas o áreas de operación disponibles, frecuencias a servir, clase y número de vehículos, nivel de servicio, reglas y criterios para la evaluación de las propuestas y el otorgamiento del permiso, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección, término para comenzar a prestar el servicio, su regulación jurídica, derechos y obligaciones de los adjudicatarios.

La evaluación de las propuestas se hará en forma integral y comparativa, teniendo en cuenta entre otros, los siguientes factores básicos de selección, definidos en el decreto 170 de 2001:



- Seguridad (50 puntos).
- Edad promedio de la clase de vehículo licitada (25 puntos).
- Sanciones impuestas y ejecutoriadas en los dos últimos años (10 puntos).
- Experiencia (10 puntos).
- Capital o patrimonio por encima de lo exigido (5 puntos)

#### **7.6. Condiciones y requisitos para obtener habilitación y adjudicación para la prestación en la modalidad del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera.**

El Decreto 171 de 2001, fija el régimen a que se deben sujetar las empresas que pretendan ser habilitadas y prestadoras del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, el cual contiene las mismas condiciones generales para la habilitación y prestación del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros metropolitano, distrital y municipal, salvo en lo dispuesto a la autoridad a la cual se dirige la solicitud de habilitación y que adelanta la adjudicación, puesto que el caso de servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, la autoridad competente es el Ministerio de Transporte, el cual para la celebración de un contrato de concesión o de operación con la empresa debidamente habilitada que resulte adjudicataria del mismo, determinar las necesidades de movilización y las necesidades y demandas insatisfechas de movilización, ordenar el inicio, apertura y adjudicación del trámite licitatorio; evaluar la prestación del servicio de conformidad con lo establecido en el artículo 26 del Decreto 171 de 2001 y decidir si la empresa continúa o no con la prestación del servicio autorizado; hacer efectivo el valor de la garantía constituida para responder por la seriedad de la propuesta, etc.

#### **8. Contratos de concesión para la prestación de los servicios de puertos o actividad portuaria.**

La ley 1 de 1991, en su artículo 5, numeral define la concesión portuaria como un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.

Entendiéndose por sociedad de puertos, como aquellas sociedades anónimas constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social es la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. Las cuales adicionalmente pueden prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionadas con la actividad portuaria.

Razón por la cual el artículo 6 de la norma mencionada, señala que sólo las sociedades portuarias podrán ser titulares de concesiones portuarias. Imponiendo que en todo caso, tanto sociedades portuarias, oficiales, particulares o mixtas, requieren de una concesión para ocupar y usar en sus actividades las playas y las zonas de bajamar y zonas accesorias de aquéllas o éstas.

La Dirección General Marítima es la encargada de otorgar las concesiones y permisos de construcción para el desarrollo de actividades marítimas no consideradas como portuarias de acuerdo con la presente Ley, por oposición a las actividades portuarias, definidas en el artículo 5 Ibíd. como la construcción, operación y administración de puertos, terminales portuarios; los rellenos, dragados y obras de ingeniería oceánica; y, en general, todas aquellas que se efectúan en los puertos y terminales portuarios, en los embarcaderos, en las

construcciones que existan sobre las playas y zonas de bajamar, y en las orillas de los ríos donde existan instalaciones portuarias.

### **8.1 Contraprestación económica en el contrato conmutativo estatal de concesiones portuarias.**

Por su parte, el artículo 7 de la ley 1 de 1991, modificado por el artículo de la Ley 856 de 2003 señala que periódicamente el Gobierno Nacional definirá, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben pagar quienes obtengan una concesión o licencia portuaria, por concepto del uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público y por concepto del uso de la infraestructura allí existente.

La misma norma establece, que las contraprestaciones por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público las recibirá la Nación a través del Instituto Nacional de Vías, INVIAS, o quien haga sus veces, incorporándose a los ingresos propios de dicha entidad, y a los municipios o distritos donde opere el puerto. La proporción será: De un ochenta por ciento (80%) a la entidad Nacional, y un veinte por ciento (20%) a los municipios o distritos, destinados a inversión social. Las contraprestaciones por el uso de la infraestructura las recibirá en su totalidad el Instituto Nacional de Vías, Invías, o quien haga sus veces.

En el caso de San Andrés la contraprestación del veinte por ciento (20%) por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público se pagará al departamento por no existir municipio en dicha isla.

Es importante tener en cuenta que conforme lo dispone el PARÁGRAFO 1 de la norma en estudio la contraprestación que reciba la Nación por concepto de zonas de uso público e infraestructura a través del Instituto Nacional de Vías, INVIAS, o quien haga sus veces, se destinará especialmente, no necesariamente, a la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos a cargo de la Nación, para el diseño, construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos del respectivo distrito o municipio portuario y a las obras de mitigación ambiental en el área de influencia tanto marítima como terrestre, razón por la cual es importante que el ente de control dentro de los procesos de auditoria a esta clase de contratos, este atento a que las contraprestaciones recibidas sean adecuadamente destinadas al fin que especialmente ha querido darles la ley.

Para el caso del canal de acceso del Puerto de Barranquilla y sus obras complementarias, por disposición del párrafo 2 de la norma en comento, estarán a cargo de la Nación, para lo cual podrán destinar los recursos a que se refiere el presente artículo, sin perjuicio de que otras entidades incluida Cormagdalena, concurren con financiación y realización de obras necesarias.

La obligación de que la ejecución de los recursos por percibir y los que se perciban por concepto de las contraprestaciones a que se refiere el presente artículo, se haga en una proporción igual al valor de la contraprestación aportada por cada puerto para financiar la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos a cargo de la Nación, para el diseño,

construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos del respectivo distrito o municipio portuario y a las obras de mitigación ambiental en el área de influencia tanto marítima como terrestre.

## **8.2 Plazo del contrato de concesión para la prestación de servicios portuarios.**

De acuerdo a lo señalado en el artículo 8 de la ley 1 de 1991, el plazo de estas concesiones es de veinte años por regla general, puesto que las mismas pueden ser prorrogables hasta por 20 años más, o excepcionalmente por un periodo mayor cuando a juicio del Gobierno fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos; disposición que fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, en el entendido que *“cuando el Gobierno haga uso de esta facultad deberá tener en consideración, además de los parámetros establecidos en la ley, criterios objetivos que contribuyan a la mejor prestación de los servicios públicos portuarios”*

Debiendo ser cedidas gratuitamente a la Nación en buen estado de operación todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión.

### **8.2.1 Otorgamiento de la concesión portuaria**

Las concesiones portuarias conforme lo disponen los artículo 9 y siguientes de la ley 1 de 1991 pueden ser otorgas por petición de las personas que lo deseen o por oferta oficiosa de

la Superintendencia General de Puertos.

### **8.2.2 Petición de concesión la concesión portuaria.**

El artículo 9 de la norma Ibídem señala que las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos, la cual debe llenar los siguientes requisitos:

-Acreditar la existencia y representación legal del peticionario, si se trata de una persona jurídica. El peticionario no tiene que ser una sociedad portuaria, pero en caso de no serlo, manifestará su intención de concurrir a formar la sociedad, y acompañará documentos en donde conste la intención de los otros socios eventuales, con indicación de los aportes respectivos.

-Precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio.

-Describir en forma general el proyecto, señalando sus especificaciones técnicas, principales modalidades de operación, y los volúmenes y clase de carga a que se destinara.

-Informar si se prestarán o no servicios al público en general.

-Garantizar, en los términos que establezca el reglamento, que en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria y que todas las obras necesarias

para el cabal funcionamiento del puerto se iniciarán y terminarán en un plazo preciso. El plazo se establecerá teniendo en cuenta, entre otros factores, la posibilidad jurídica y práctica de disponer de los terrenos necesarios para hacer efectiva la concesión.

-Indicar el plazo para el que se desea la concesión.

-Acreditar que los datos a que se refieren los numerales 9.2, 9.3 y 9.4 así como el sentido general de la solicitud han sido publicados en dos días distintos, con intervalos de diez días entre cada publicación, en dos periódicos de circulación nacional, para que los terceros que tengan interés en la concesión, o que puedan ser afectados por ella, expresen sus opiniones, y hagan valer sus derechos.

Disponen los artículos 10, 11 y 12, los tramites siguientes a la solicitud, dentro de los cuales pueden intervenir terceros interesados en la concesión y deben hacer parte algunas autoridades, de esta manera una vez presentada la solicitud dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la última publicación, cualquier persona natural que acredite un interés puede oponerse a la solicitud, o presentar una petición alternativa, debiendo cumplir los mismos requisitos previstos para la solicitud original.

Transcurridos los dos meses en los cuales se pueden formular oposiciones o presentar propuestas alternativas, se abrirán públicamente los sobres que contengan los datos confidenciales, y se citará siempre, para que expresen su opinión sobre la conveniencia y legalidad de las solicitudes, al Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos

Renovables, a las entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región; al Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Las autoridades mencionadas anteriormente tendrán un plazo de veinte días, contados a partir de la fecha en que la Superintendencia General de Puertos les envíe la citación, para emitir sus conceptos; si al cabo de ese plazo la Superintendencia General de Puertos no los hubiere recibido, continuará el procedimiento sin los que falten, y se promoverá investigación disciplinaria contra quien no haya emitido su concepto. La Superintendencia General de Puertos no está obligada a acoger los conceptos o recomendaciones que, emitan las autoridades mencionadas anteriormente.

Como resultado de la petición que dio origen al trámite administrativo señalado anteriormente, puede darse que en el evento de que la petición original y las alternativas resulten contrarias a la ley, al plan de expansión portuaria, o que tengan un impacto ambiental adverso o puedan causar un daño ecológico, u ofrezcan inconvenientes que no puedan ser remediados, la Superintendencia General de Puertos, de conformidad con lo dispuesto el artículo 12 de la norma aludida, así deberá manifestarlo en acto motivado en forma precisa que deberá ser notificado a quienes hubieren intervenido en la actuación.

De igual manera, es obligación del Superintendente General de Puertos o quien haga sus veces dentro de los cinco meses siguientes a la fecha de la solicitud inicial, el expedir una resolución en la que indique los términos en los que se otorgará la concesión. Los cuales deben incluir los plazos, las contraprestaciones, las garantías y las demás condiciones de conservación sanitaria y ambiental, y de operación, a que debe someterse la sociedad



portuaria a la que haya que otorgarse la concesión.

La resolución que aprueba la concesión se comunicará al peticionario, a las autoridades a que se refiere el artículo anterior, y a todos los intervinientes. Pudiéndose oponer a la misma dentro de los diez días siguientes a la expedición de la resolución el Alcalde del Municipio o Distrito donde se pretenda desarrollar el proyecto, el Gerente General del Instituto de Desarrollo de los Recursos Renovables, a las entidades que tengan la función especial de velar por el medio ambiente en la respectiva región; al Gerente General de la Corporación Nacional de Turismo de Colombia; al Director General de la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional, y al Director General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito, por motivos legales o de conveniencia, en escrito razonado dirigido al Superintendente General de Puertos.

Este consultará a las otras autoridades, y dentro de los treinta días siguientes a la presentación del escrito de oposición hará una evaluación de ella, y la presentará al Consejo Nacional de Política Económica y Social para que decida. La decisión del Consejo se expresará por medio de resolución sobre si debe continuarse o no el trámite y, en caso afirmativo sobre cuáles serán los términos de la concesión que se ofrezca.

Si la decisión del Consejo Nacional de Política Económica y Social hubiere sido la de continuar el trámite, el Superintendente General de Puertos, ofrecerá entonces, al proponente que presente la propuesta que mejor se ajuste a la conveniencia del proyecto, la posibilidad de acogerse a los términos de la concesión. Si éste no manifiesta su aceptación dentro de los diez días siguientes a la comunicación de los términos, se presumirá su rechazo y los ofrecerá a los demás, sucesivamente, teniendo en cuenta la conveniencia de las propuestas, por el mismo número de días, contados a partir del siguiente a aquél en que

se conozca o se presuma el rechazo del solicitante anterior, hasta que uno los acepte, o hasta que todos lo hayan rechazado.

En este último evento, finalizará el procedimiento administrativo que podrá iniciarse de nuevo en cualquier tiempo, cumpliendo los requisitos enunciados anteriormente.

### **8.2.3. Oferta oficiosa de la concesión portuaria**

Para el trámite de las ofertas oficiosas, el Superintendente General de Puertos, o quien haga sus veces, de oficio, puede ofrecer al público una concesión portuaria, previa consulta de las autoridades a las que se refiere el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 1 de 1991. Para ello publicará en dos diarios de circulación nacional, en dos días diferentes, con intervalos no mayores de 5 días entre cada publicación, los términos mínimos en los que estaría dispuesta a otorgar la concesión, y los requisitos que deban llenar y las garantías que deban constituir los interesados en recibirla.

Una vez publicados los términos de la concesión, no será posible modificar los avalúos catastrales de los predios a los que ella se refiera. Si alguna de las autoridades a las que alude el inciso segundo del artículo 10 no está conforme con las condiciones propuestas, podrá formular una oposición, que se tramitará y decidirá en la misma forma prevista para la oposición de estas autoridades frente a los proyectos que se tramiten por petición.

Las propuestas se mantendrán en secreto hasta el día en que haya de comenzar la evaluación de todas. Si no hay oposición de las autoridades o de terceros que deba ser atendida, el Superintendente General de Puertos, otorgará la concesión al proponente cuya propuesta

satisfaga mejor el conjunto de los objetivos y criterios de esta Ley.

Para el otorgamiento de la concesión de conformidad con lo señalado en artículo 14 de la misma disposición, esta se deberá realizar por medio de resolución motivada a la sociedad anunciada por el solicitante favorecido, resolución en la que se indicarán con toda exactitud los límites, las características físicas y las condiciones especiales de operación del puerto que se autoriza.

En caso de que los autorizados no cumplen en los plazos previstos los requisitos necesarios para que se otorgue formalmente la concesión, caducará todo derecho a ella. Permitiéndose que por motivos graves que lo justifiquen, debidamente calificados por el Superintendente General de Puertos, se acepten que otras personas tomen en la sociedad que va a recibir la concesión el lugar de alguno de los socios anunciados en la solicitud, sin que sea admisible reducciones en el capital ofrecido.

#### **8.2.4. Gestión predial de la concesión portuaria**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1 de 1991, se declara de interés público la adquisición de los predios de propiedad privada necesarios para establecer puertos, en caso de que la sociedad a la que se otorga una concesión portuaria no es dueña de tales predios, deberá iniciar conversaciones con las personas que aparezcan como titulares de derechos reales sobre ellos, para conseguir que voluntariamente los vendan o aporten a la sociedad. Transcurridos treinta días a partir del momento en el que se comunicó a los titulares de derechos reales la intención de negociar con ellos, si la negociación no ha sido posible, se considerará fracasada y la Nación, a través del

Superintendente General de Puertos, o cualquier entidad pública capacitada legalmente para ser socia de una sociedad portuaria, podrá expedir un acto administrativo y ordenar la expropiación.

Ejecutoriado el acto administrativo que ordene la expropiación, la entidad pública dispondrá de treinta días para presentar demanda de expropiación ante el Tribunal que ejerza jurisdicción en el territorio donde se encuentra el predio. Al cabo de ese término caducará la facultad de pedir judicialmente la expropiación con base en el acto administrativo mencionado.

El procedimiento de expropiación de que habla este artículo, se seguirá con arreglo a lo dispuesto en el Libro 3, Sección Primaria, Título XXIV, del Código de Procedimiento Civil, y las normas que lo complementan o sustituyan, salvo en lo siguiente:

- Con la demanda se presentarán no solo los anexos señalados por la ley, sino todos los antecedentes del acto administrativo que ordenó la expropiación.

- La entrega de los inmueble podrá ordenarse en el auto admisorio de la demanda, cuando el demandante así lo solicite, y consigne a órdenes del Tribunal, como garantía del pago de la indemnización, una suma igual al avalúo catastral vigente más un 50%. Aparte que fue declarado **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** por la Corte Constitucional, en el entendido de que la voz 'tribunal', incluida en la norma, se refiere al Tribunal Contencioso Administrativo con jurisdicción en el lugar en que se encuentra el inmueble materia de expropiación.

- De la demanda se dará traslado al demandado por diez días.

-En la sentencia el Magistrado se pronunciará también sobre las pretensiones de nulidad, restablecimiento del derecho y reparación del daño .que hubieren presentado en reconvención los demandados al contestar la demanda. Si prosperare la pretensión de nulidad, se abstendrá de decretar la expropiación.

Los predios de las entidades públicas que sean necesarios para establecer puertos también podrán ser expropiados por este procedimiento, si sus representantes no desean venderlos o aportarlos voluntariamente. Pero antes de dictar el acto administrativo que ordene la expropiación será preciso que el Consejo de Política Económica y Social resuelva que esos predios no están prestando servicios, o que si lo están prestando, su uso para fines portuarios reporta mayor utilidad social.

#### **8.2.5 Cambios en las condiciones iniciales del contrato de concesiones portuarias.**

Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, de acuerdo a lo señalado en el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 debe obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos, que sólo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a terceros, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9o., 10, 11 y 12 de la Ley. Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo.

#### **8.2.6 Caducidad del contrato de concesiones portuarias.**

La Superintendencia General de Puertos podrá por deposición del artículo 17 de la misma disposición, declarar la caducidad de una concesión portuaria cuando en forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó, o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el concesionario está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público. La caducidad de una concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada contra la cual sólo procede recurso de reposición.

#### **8.2.7 Contratos de concesión para la construcción, rehabilitación, mantenimiento y administración y prestación de los servicios aeroportuarios.**

Como servicio público a cargo del Estado es deber del mismo garantizar su prestación de conformidad con los principios enunciados en la ley 105 de 1993, la cual puso en cabeza de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil quien en nombre del Estado ejerce las funciones de planeación, regulación, control y vigilancia de este servicio.

De esta manera el artículo 48 de la mencionada ley permite a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, entregar a cualquier título los aeropuertos de su propiedad a Entidades Departamentales, Municipales o asociaciones de las anteriores, para que éstas los administren en forma directa o indirecta. De igual forma permite celebrar contratos de administración, concesión o similares sobre los aeropuertos de propiedad del Fondo Aeronáutico Nacional, con entidades especializadas o con asociaciones regionales, en las cuales la participación estatal no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%). Los contratos que se celebren con las entidades territoriales, sus asociaciones o con las sociedades regionales podrán ser revocados unilateralmente, sin lugar a indemnización, cuando a criterio de la Aeronáutica Civil exista mal manejo en el uso, mantenimiento y

operación de los bienes e instalaciones entregados; o cuando exista deficiencia administrativa en la prestación de los servicios aeroportuarios

En ejercicio de las funciones de control y vigilancia enunciadas con anterioridad, como autoridad Aeronáutica esta unidad administrativa ejerce funciones de reglamentación, control, supervisión y sanción sobre quienes presten los servicios aeroportuarios y en casos de violación a sus normas o reglamentos conserva siempre la posibilidad de intervenirlos, pudiendo asumir directamente la prestación del servicio.

Con fundamento en lo anterior y de conformidad con el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, mediante este contrato la Aerocivil, de acuerdo a las competencias otorgadas en la ley 105 de 1993, entrega a particulares la Concesión aeropuertos, para que estos realicen por su cuenta y riesgo aquellas actividades que esta entidad resuelva conceder, como lo son su administración, operación, explotación comercial, mantenimiento, modernización, expansión y/o aquellas demás actividades que esta considere necesarias conceder para la adecuada prestación de este servicio.

#### **8.2.8 Contratos de concesión para la construcción, mantenimiento, rehabilitación, administración y prestación de los servicios de terminales de transporte terrestres.**

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 105 de 1993, los terminales de transporte terrestre hacen parte de la infraestructura Distrital Municipal de transporte, de esta manera y de acuerdo a lo señalado en el artículo 19 de la norma, corresponde a estas entidades Territoriales la construcción y la conservación de estos terminales, pudiendo entregar en concesión esta labor para que particulares se encarguen de la construcción de su infraestructura y para la prestación de este servicio

## **9. Régimen especial para los contratos de concesión, construcción, rehabilitación y mantenimiento de la red vial.**

El artículo 30 de la ley 105 de 1993, señala que la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para el efecto, señala la mencionada ley que para la recuperación de la inversión la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes. Imponiendo a las entidades que ante la variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, les implique responsabilidad civil con derecho a repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte. En aquellos proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado según lo dispone el parágrafo 1 del artículo en mención los municipios, departamentos, distritos y la nación, podrán aportar partidas presupuestales con destino a estos proyectos

Por otra parte, de acuerdo a lo señalado en el parágrafo 2 los contratos de concesión que se hayan celebrado a partir de la promulgación de la Ley 80 de 1993, se sujetarán en su



formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Bajo estos esquemas de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

De igual manera permite en su artículo 31 permite la ley 105 de 1993 que con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios, puedan titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos manteniendo en todo caso la responsabilidad contractual.

#### **9.1. Cláusulas unilaterales en los contratos de concesión para la construcción, rehabilitación y mantenimiento de la Red Vial.**

Por otra parte de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 en los contratos de concesión, frente a la aplicación de las cláusulas unilaterales para obras de infraestructura de transporte, sólo habrá lugar a la aplicación de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, mientras el concesionario cumple la obligación de las inversiones de construcción o rehabilitación, a las que se comprometió en el contrato.

#### **9.2. Garantías de ingreso como flujo financiero del proyecto concesional.**

Para obras de infraestructura de transporte, por el sistema de concesión, la entidad concedente podrá establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva. Igualmente, se podrá establecer que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales podrán ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial.

### **9.3. Gestión predial directa, indirecta o mixta en la adquisición de los predios para la ejecución del contrato de concesión de infraestructura vial.**

En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente de acuerdo a lo señalado en el artículo 34 podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.

El máximo valor a pagar por los predios o por las mejoras, lo establecerá la entidad estatal contratante, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia, o mediante avalúos comerciales que se harán por firmas afiliadas a las Lonjas de Propiedad Raíz, con base en los criterios generales que determine para el efecto el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

En caso de requerirse de expropiación administrativa, esta podrá ser decretada por el gobierno nacional, a través del Ministerio de Transporte, los Departamentos a través del Gobernador y los Municipios a través de los Alcaldes, con la debida indemnización, para la adquisición de predios destinados a obras de infraestructura de transporte. Debiendo ceñirse a los requisitos señalados en las normas que regulen la materia.

#### **9.4. Liquidación del contrato de concesión de infraestructura del Transporte.**

En el contrato de concesión de obras de infraestructura de transporte, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36 quedará establecida la forma de liquidación del contrato y los derechos de las partes en caso de incumplimiento de alguna de ellas.

#### **10. Régimen especial de los contratos de obras civiles, adquisición, suministro para garantizar la seguridad aeronáutica.**

El artículo 38 de la Ley 80 de 1993 establece un régimen especial para las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento.

Por su parte el Artículo 54 de la Ley 105 de 1993, expresa que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, tendrá el mismo régimen de contratación Administrativa establecido para las entidades estatales que presten el servicio de telecomunicaciones, conforme a lo previsto en la Ley 80 de 1993. Este régimen especial de contratación será aplicable para obras civiles, adquisiciones, suministro y demás contratos que se requieran para garantizar la seguridad aérea y aeroportuaria.

El precitado Artículo 38 dispone que estas entidades determinaran las cláusulas excepcionales que se podrán pactar en los aludidos contratos de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a las cuales deben

sujetarse para su celebración de conformidad con los principios de selección objetiva, transparencia económica y responsabilidad, señalados en la Ley 80 de 1993.

## **SEGUNDA PARTE**

### **EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL A LAS DISTINTAS FASES DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DEL ESTADO.**

Ejercer un control fiscal efectivo a un contrato estatal, implica que este debe adelantarse en todas las fases durante el cual este desarrolla, de tal manera que este se ejerza de manera integral. Para estos efectos, resulta de gran ayuda analizar los contratos teniendo en cuenta las distintas fases durante las cuales se desarrolla el contrato; pues en cada una de las tres etapas se ejerce control sobre puntos diferentes, así como también se establecerán hallazgos que sólo pueden tener ocurrencia en una etapa determinada.

Resulta conveniente estudiar el control fiscal a la contratación de esta manera, por la misma naturaleza posterior del control, pues este obliga al cumplimiento de unos requisitos previos a la celebración del contratos, a otros requisitos que surgen durante la etapa de ejecución y por últimos aquellos necesarios que surgen con posterioridad al cumplimiento del plazo de las obligaciones que persiguen finiquitar la relación entre el particular y la administración.

De lo anterior, tenemos que desde el punto de vista del contrato estatal la responsabilidad fiscal se puede generar en tres etapas fácilmente identificables. La primera, durante la fase precontractual; en ella el control fiscal que se ejerce no identifica fundamentalmente hallazgos fiscales que generan detrimento patrimonial, sino que lo más común es que durante esta fase se identifiquen hallazgos disciplinarios, penales y administrativos, que en determinadas circunstancias tienen incidencia fiscal. Es decir, durante la etapa de

preparación del contrato, la administración no realiza gestión pública que implique gestión fiscal propiamente dicha, sólo en ciertos casos puntuales que se analizaran mas adelante sería posible ejercer funciones de gestión fiscal, de tal manera que durante la etapa de preparación o formación del contrato, se verifica el cumplimiento de los requisitos legales para la celebración del contrato, estableciendo la presunta violación al régimen legal generando responsabilidad penal, en donde se identifican hallazgos penales; responsabilidad disciplinaria donde se identifican hallazgos disciplinarios; responsabilidad administrativa derivada de las malas prácticas administrativas, identificando hallazgos administrativos. Cada uno de los hallazgos anteriores, permite el concurso de los otros.

La segunda etapa, es la contractual que inicia a partir de la celebración del contrato y de contera la responsabilidad fiscal contractual se originara desde el mismo momento de la suscripción del contrato y se extiende durante todo el plazo de ejecución del mismo. Así la responsabilidad fiscal y los posibles hallazgos fiscales, disciplinarios, penales y administrativos se podrán identificar desde la suscripción misma del contrata, de tal manera que si la administración decide suscribir un contrato con una persona que no reúne los requisitos para ser seleccionada desconociendo además el ofrecimiento más favorable para la entidad contratante, incurrirá en faltas que serán identificables mediante el ejercicio del control fiscal, que es único control que se ejerce sin mediar denuncia o querella previa.

La tercera etapa, es aquella destinada para liquidar el contrato suscrito y ponerse fin a la relación entre el particular y la administración. De esta manera, le surge la obligación a la entidad de liquidar el contrato por los medios previstos en la ley y su sola omisión genera responsabilidad, además debe tenerse en cuenta que en caso de darse la liquidación la administración reconozca a favor del contratista o por el contrario deje de reconocer a favor de la entidad obligaciones dinerarias que fácilmente generan detrimento patrimonial.

Es así, como en este título la responsabilidad fiscal la trataremos en cada una de las tres fases del contrato, mediante los distintos sistemas de control y el establecimiento de los más comunes hallazgos identificables en la gestión contractual, de tal manera que sea un ejercicio que contribuya a que toda la el proceso contractual este acorde con los fines esenciales del Estado.

## **TÍTULO PRIMERO**

### **EL PROCESO DE AUDITORÍA FISCAL A LOS CONTRATOS ESTATALES EN SUS FASES PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL Y POSTCONTRACTUAL.**

#### **CAPITULO PRIMERO**

##### **EL CONTROL FISCAL A LA FASE PRECONTRACTUAL, DE PREPARACIÓN O FORMACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.**

La celebración de los contratos estatales y por ende la inversión y gasto de los recursos público no puede estar determinada por los intereses de cada persona que tiene a cargo la ejecución del presupuesto de una entidad; sino por el contrario, esto debe obedecer como se ha dicho tantas veces al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, pero en esta ocasión que hacer ver que para que se pueda llegar al cumplimiento de esos fines esenciales y evitar la desviación de poder y de intereses en desmedro del patrimonio público en la contratación estatal, es necesario que se cumplan una serie de requisitos previos para la celebración de los contratos como medio de ejecución del presupuesto público.

#### **1. El control fiscal y principio de planeación contractual.**

El principio de planeación en materia de contratación estatal, se encuentra inmerso dentro

del principio de economía consagrado en el artículo 25 numeral 12 del EGC, según el cual, con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos y pliegos de condiciones.

Igualmente, la resolución de apertura de un proceso de selección debe estar precedida “de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad”.

Entonces con el fin de evitar improvisación en materia de contratación estatal, las entidades públicas deben sujetarse a los principios rectores del estatuto contractual y de esta manera, no adelantar procesos de selección o suscribir contratos sin contar con los suficientes estudios previos necesarios que aseguren la correcta ejecución del objeto a contratar; es decir, evitar a toda costa los mayores sobrecostos o retrasos que posteriormente serán reclamados costos financieros a favor del contratista.

El incumplimiento de las anteriores obligaciones, es lo que genera la vulneración al principio de planeación, que desde el punto de vista del control fiscal implica el deber previsión de ciertos actos que deben existir de manera previa a la apertura del proceso selectivo a más aún a la suscripción y perfeccionamiento del contrato estatal.

En tratándose del principio de planeación, es pertinente la elaboración de las llamadas lista de chequeos para los procesos de selección, sin que eso implique la existencia de unos

requisitos taxativos para la poder adelantar el proceso para la suscripción de un contrato estatal. Lo anterior, en cuanto a los procesos de selección adelantados por las entidades estatales, pero para un debido ejercicio del control fiscal la verificación de los requisitos previos va mucho más allá de la verificación de los requisitos para adelantar un proceso de selección.

Igualmente, debemos precisar que unos serán los procedimientos administrativos ante la vía gubernativa contractual si la selección o escogencia del contratista se hace mediante licitación, selección abreviada o concurso de méritos, y otro será si el procedimiento de escogencia es la contratación directa.

Durante la etapa precontractual, los actos administrativos que se expiden dependen de la tipología del contrato que se va a suscribir, porque serán unos procedimientos si por ejemplo, el contrato es de suministro, empréstito y otro procedimiento si el contrato es de obra pública.

Veamos un contrato de construcción de obra pública, que como tipología contractual por antonomasia, reúne todos los actos administrativos habidos y por haber en la contratación estatal:

- 1.- El primer acto administrativo contractual, de carácter general que se expide en un proceso contractual es el acuerdo de los concejos municipales, distritales y las ordenanzas de las asambleas, así como los decretos que reglamentan la ley del plan de desarrollo del orden nacional, departamental, distrital y municipal respectivamente.

En estos planes de desarrollo, se establecen todos los objetos de los contratos que requieren



las entidades públicas, así como la disponibilidad de los recursos para financiar dichos contratos, contenidos en la parte del plan de desarrollo que conocemos como plan nacional departamental, distrital o municipal de inversiones públicas para la vigencia de los cuatro años constitucionales que constituyen los periodos de los gobernantes de turno.

Los actos administrativos, que expiden los gobiernos nacionales, departamentales, distritales y municipales para reglamentar la ejecución del plan de desarrollo, son actos administrativos generales y simples que formalmente se conocen como decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República, los gobernadores y alcaldes.

Los planes territoriales de desarrollo están contenidos en acuerdos distritales y municipales, así como en las ordenanzas departamentales, y son actos administrativos complejos, que deben ser aprobados por los respectivos concejos y asambleas, cuya iniciativa es de cada uno de los gobierno y debe ser discutido al menos en dos debates surtidos en días diferentes. En principio, podemos afirmar que todos los objetos de los contratos estatales, están contenidos en los respectivos planes de desarrollo, salvo a aquellos contratos que fueron suscritos con declaración de urgencia manifiesta por razones obvias, se trata de asuntos imprevisibles.

2. Otro de los actos administrativos contractuales, son los de orden presupuestal. Estos son los decretos nacionales expedidos por el Gobierno Nacional para la liquidación de la ley de apropiaciones presupuestales para la vigencia fiscal de cada año. Así mismo, son actos administrativos contractuales, los acuerdos distritales y municipales y las ordenanzas de las asambleas departamentales que aprueban los presupuestos de los respectivos entes territoriales. En estos actos administrativos están contenidas las disponibilidades presupuestales para que la administración pueda suscribir los contratos financiados con

cargo a esos recursos.

3.- Los planes de ordenamiento territorial-POT expedidos por los concejos municipales y distritales, son actos administrativos en cuanto se encuentran contenidos en acuerdos locales, y constituyen el fundamento para la expedición de las licencias de urbanismo y de construcción de edificaciones urbanas y rurales, tanto para vivienda, comerciales y de explotaciones industriales y recreacionales.

4.- El acto administrativo a través del cual se expiden las licencias de construcción y urbanismo cuando el objeto del contrato es la construcción de obra pública de urbanismo. Las autoridades competentes para expedir este acto administrativo son aquellas que en los municipios y distritos ejercen funciones de planeación, tales como los Alcaldes, los secretarios, jefes de oficina, o directores de los departamentos administrativos de planeación municipal o distrital, pero también los curadores urbanos, en los casos en que los concejos municipales hayan reglamentado la descentralización por colaboración que se produce cuando los particulares en nombre de las autoridades de planeación expiden las licencias de construcción y urbanismo de conformidad con la Ley 388 de 1997, la Ley 9ª de 1989 y el POT.

5.- Las licencias ambientales, expedidas por las Corporaciones Autónomas Regionales y demás autoridades ambientales, como acto administrativo que contiene la autorización para suscribir un contrato de obra en los casos en que la ley lo exige. Este acto administrativo, si bien es de contenido particular y concreto, puede ser demandado por cualquier persona a través de la acción de nulidad ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de conformidad con la ley 99 de 1993.

6.- Los certificados de disponibilidad presupuestal, expedidos por el funcionario de la entidad pública responsable de la ejecución presupuestal. Dicho certificado, da fe de la existencia de la disponibilidad de los recursos para financiar el futuro contrato, es decir, este certificado ampara el proceso de formación del contrato.

7.- Autorización de la autoridad de hacienda nacional, departamental distrital o municipal para asumir compromisos presupuestales con cargo a vigencias fiscales futuras. Este acto administrativo, contiene la decisión del Ministro de Hacienda, del Director Nacional del Presupuesto, de los Alcaldes, Gobernadores, Secretarios de Hacienda departamentales o municipales, de autorizar al Estado para suscribir contratos para financiarlos con cargo presupuesto de vigencia fiscales futuras. Esto ocurre, cuando los contratos se ejecutan dentro de un plazo que comprende dos o mas vigencias fiscales, y el Estado no tiene el 100% de lo recursos para contratar con recursos presupuestales el objeto del contrato en una sola vigencia fiscal.

8.- La autorización de los concejos municipales, distritales y de las asambleas departamentales, para que los entes territoriales suscriban contratos de empréstitos, y para enajenar los bienes inmuebles del Estado, y el patrimonio de las empresas estatales o de las mixtas donde el Estado tenga parte.

9.- El acto administrativo, a través del cual las juntas o concejos directivos de las entidades estatales, reglamentan la competencia interna para contratar de conformidad con las cuantías que se establezcan expresadas en salarios mínimos teniendo en cuenta el presupuesto de la entidad estatal.

10.- El acto administrativo a través del cual el jefe del organismo delega total o

parcialmente la contratación en funcionarios de las entidades estatales del nivel directivo.

11.- El acto administrativo de anotación, inscripción en el registro de proponentes, que realizan las Cámaras de Comercio en virtud de la descentralización por colaboración.

12.- El acto administrativo de cancelación de la inscripción en el registro de proponentes que expida la respectiva Cámara de Comercio.

13.- El acto administrativo de anotación y registro que realizan los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, de las inhabilidades para contratar producto de una sanción de destitución o suspensión con inhabilidad especial, o de una sentencia penal, o la impuesta mediante acto administrativo por la administración contratante como consecuencia de la declaración de caducidad administrativa, o por no haber suscrito sin justa causa el contrato estatal adjudicado.

14.- El acto administrativo de anotación y registro de las sanciones penales de privación de la libertad, las medidas de aseguramiento y de las sanciones accesorias de interdicción de funciones públicas impuestas por los jueces penales en el banco de datos del Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, Cuerpo Técnico de Investigación –CTI de la Fiscalía General de la Nación, y de los servicios de inteligencia de la Policía, y los registro de informes sobre sustancias prohibidas que realiza la Dirección Nacional de Estupefacientes.

15.- El acto de inscripción y registro de medidas cautelares sobre inmuebles de propiedad pública y privada, como medida que impide que el Estado pueda suscribir contratos de compraventa.

16.- El acto administrativo de desafectación de bienes fiscales del Estado, como requisito previo para poderlos enajenar, es decir, el Estado solo puede vender los bienes de su propiedad que ya no requiera para su servicio, y para enajenarlos debe desafectarlos de su contabilidad pública, es lo que coloquialmente se conoce como dar de baja.

17.- El acto administrativo expedido por los concejos, juntas directivas y Consejos Superiores de Empresas Sociales del Estado-ESE, Empresas de Economía Mixta, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Instituciones Universitarias Públicas, Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que contienen los Estatutos Especiales de Contratación.

18.- El acto administrativo que aprueba los manuales de procedimientos de contratación que expiden los jefes de los organismos de las entidades estatales de que habla el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

19.-El acto administrativo que establece cada año el límite máximo de la menor y mínima cuantía en cada entidad pública para efectos de la contratación por selección abreviada o del procedimiento del 10% de la menor cuantía

20.-El acto administrativo de los concejos y asambleas que adicionan recursos dentro de una vigencia fiscal, para ejecutarlos a través de contratos estatales.

21.- Los permisos, autorizaciones de las autoridades sanitarias para la construcción de establecimientos hospitalarios, para asegurarse de que cumplan con los requerimientos de salud e higiene.

22.- El estudio de oportunidad y conveniencia. Es un acto administrativo donde la administración de manera motivada justifica y expresa las razones por las cuales ha decidido iniciar un proceso selectivo de contratación.

23.- Los pliegos de condiciones. Son el acto administrativo que contiene las reglas del proceso selectivo o de escogencia del contratista. Si el proceso selectivo es de licitación pública que es la norma general, las reglas son denominadas pliego de condiciones, y si el contrato es de los denominados de consultoría, o de aquellos cuyo contratista se selecciona por adjudicación directa, las reglas del proceso de escogencia igualmente se denomina pliegos de condiciones, de conformidad con la Ley 1150 de 2007.

Son actos administrativos generales, en tanto tienen como destinatarios a un colectivo de personas indeterminadas pero determinables. Los pliegos de condiciones, mientras no se ordene la apertura del proceso de escogencia, no son propiamente actos administrativos, en cuanto son actuaciones de preparación que se denominan prepliegos. Es un acto administrativo que contiene la decisión de la administración, hasta el momento en que la administración ordena la apertura del proceso selectivo.

24.- El acto administrativo, a través del cual se establece la distribución y asignación definitiva de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

25.- El acto administrativo a través del cual se decide adelantar la audiencia de aclaración de pliego, de oficio o a petición de parte.

26.- El acto administrativo a través del cual se decide realizar una visita al sitio de la obra, o al lugar donde se ejecutará el contrato en el evento en que no esté prevista en los pliegos de

condiciones o términos de referencia.

27.- El acto administrativo general que ordena la apertura del proceso selectivo, ya sea licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada o de contratación directa.

28.- El acto administrativo, denominado adenda a través del cual se modifican los pliegos de condiciones.

29.- El acto administrativo a través del cual se ordena la suspensión del proceso selectivo.

30.- El acto administrativo a través del cual se ordena la reanudación del proceso selectivo suspendido.

31.- El acto administrativo a través del cual se ordena se amplían los términos del proceso selectivo o de adjudicación de la propuesta.

32.-El acto administrativo que contiene la evaluación de las propuestas.

33.- El acto administrativo que resuelve las observaciones realizadas a las propuestas u ofertas por parte de los proponentes.

34.- El acto administrativo a través del cual se adjudica el contrato estatal ya sea en licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada o contratación directa.

35.- El acto administrativo que decide sobre si constituye justa causa o no las razones por las cuales el oferente adjudicatario no suscribió el contrato y mediante la cual se le impone

la inhabilidad para contratar con el Estado por dicha conducta injustificada.

36.- El acto administrativo que ordena la cancelación de las inhabilidades contractuales, por revocatoria directa de los actos administrativos que las imponen, o por suspensión provisional o anulación por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa.

37.- El acto administrativo que declara desierta la licitación pública, el concurso de mérito, la selección abreviada o el procedimiento de contratación directa, por las causales previstas en la ley.

38.- El acto administrativo que declara la urgencia manifiesta, para suscribir excepcionalmente el contrato directamente.

39.- El acto administrativo que rechaza una propuesta por las causales previstas en la ley.

40.- El acto administrativo que concede una autorización o licencia para realizar una actividad, tal como los particulares que prestan los servicios de mensajería especializada, que prestan servicios públicos domiciliarios, realizan actividades de telecomunicaciones en la modalidad radio difusión sonora etc.

41. El acto administrativo que ordena la modificación o ampliación de la vigencia, plazo y cuantía de la póliza de seriedad de la oferta.

42.- El acto administrativo de la Contraloría General de la República, de las contralorías departamentales, distritales y municipales, mediante el cual declara la legalidad o no de la declaración de urgencia manifiesta.



43.- El acto administrativo a través del cual la administración designa a un servidor público como supervisor del contrato asignándole las funciones.

44.- El acto administrativo a través del cual la administración designa a un servidor público interventor de un contrato y le asigna funciones.

La verificación de cada uno de los actos administrativos que hemos identificado, hacen que el principio de planeación del contrato estatal sea viable en la práctica evitando muy seguramente que las personas responsable de la contratación de cada entidad incurran en posibles violaciones a la ley que serán identificadas mediante el ejercicio del control fiscal, que va a prevenir el posible daño al patrimonio del Estado, pero que en tratándose de auditorias, tendrá en cuenta las faltas cometidas por los funcionarios públicos generadoras de responsabilidad penal, disciplinarias y malas prácticas administrativas que en desarrollo de la etapa de formación del contrato resulten violatorias del principio de planeación.

## **2. El control fiscal y principio de legalidad precontractual.**

El principio de legalidad en la etapa precontractual se constituye en aquellas reglas mediante las cuales se adelanta el proceso de selección de contratista, y que también sirven como reglas que busca la transparencia en la etapa precontractual. Esas deben estar claramente identificadas en los pliegos de condiciones.

En virtud del principio de transparencia anotado, se regulan reglas claras, objetivas y completas contenidas en los pliegos de condiciones que son la base de la relación

contractual y aseguran la escogencia de la propuesta más favorable para la administración. Este principio lo encontramos en el numeral 5° del artículo 24 en consonancia con los artículos 26 ordinal 3°, y 30 ordinal 2° de la Ley 80 de 1993; así como también en la Ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008 que reglamentó parcialmente la Ley 1150 de 2007 y la Ley 80 de 1993.

Al principio de legalidad en la fase precontractual o formación del contrato, se le aplica principalmente el sistema de control de legalidad, sobre los pliegos de condiciones considerados la ley del contrato.

En fallo de la Sección Tercera, del 6 de abril de 1989, la Sala sostuvo:

*"El pliego de condiciones, se ha señalado, recoge las condiciones jurídicas, técnicas, económicas etc., a las cuales debe sujetarse la relación contractual y, por lo mismo, no le es permitido a la Administración dejarías de lado, con proyección liberal, en el momento en que toma la decisión de adjudicación o no el referido acto jurídico. Actuar en sentido contrario sería crear inseguridad jurídica y caos, y dejar sin protección los intereses de las partes. A través de él los distintos proponentes, apoyados en su literatura, tienen previo conocimiento de las características de la prestación de dar, hacer o no hacer que se solicita, la forma como deben cotizar, el plazo que tienen para ello y para suscribir el contrato, las garantías que deben constituirse, etc. Esta realidad jurídica explica que se llame la ley del contrató. Esto lleva a García de Entorna, a enseñar: 'En cualquier caso, la puntual observancia del pliego del concurso es condición necesaria para pueda hacerse la adjudicación a favor de una oferta determinada'".*

*"Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo*

*a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas y, dentro de ellos, obviamente debe aludirse al precio. Por manera que en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta transgresión del derecho a la igualdad de los licitantes, lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva”.*

La violación a este principio, se manifiesta en la modificación de las reglas del proceso por parte de la administración licitante de manera caprichosa, es decir, cuando parta su modificación no se consultan las mismas reglas que los pliegos han prescrito. Cuando no se establecen reglas claras para la selección del contratistas, cuando en las normas contenidas en el pliego se vulnera el derecho a algún posible proponente para que presente su oferta en igualdad de condiciones y en general cualquier regla que desconozca el principio de transparencia en la fase precia o de formación del contrato.

Los órganos de control fiscal, una vez evidenciados cualquier irregularidad en el proceso de selección pueden ejercer el control fiscal teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 65 del EGC y del que ya hemos hecho referencia; es decir una vez agotados los trámites de legalización del contrato. No obstante, mediante la función de advertencia, las contralorías pueden advertir a la entidad licitante sobre los posibles riesgos en la contratación, pueden realizar las sugerencias que consideren necesarias con el objeto de brindar mayor transparencia a los procesos de selección.

### **3. El control fiscal y principio de responsabilidad precontractual.**

Una vez detectadas las fallas en los procesos de contratación por parte de las contrarias, estas la determinan y las clasifican en hallazgos que pueden ser disciplinarios, penales

administrativos y/o fiscales. Entonces en virtud del principio de responsabilidad los funcionarios encargados de la contratación en las entidades del Estado como también aquellos que intervienen en el proceso contractual serán responsables ante las autoridades por sus acciones y omisiones, así también los serán los particulares contratistas del estado y los que participen en los procesos de contratación de conformidad con la Ley 80 y las demás disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia.

Mediante el ejercicio del control fiscal, las contralorías vigilan la gestión contractual y ella se identifican las posibles faltas disciplinarias, delitos, detrimentos patrimoniales y fallas administrativas de los cuales es deber del órgano de control fiscal poner en conocimiento de la autoridad competente para que se adelanten los procesos respectivos dirigidos a determinar la responsabilidad de los intervinientes en la contratación estatal. De nada serviría la vigilancia fiscal si sólo se limitara a la identificación de hallazgos sin que se pueda tener las herramientas necesarias para procesar a las responsables y provocar las acciones correctivas necesarias que eviten que se siga lacerando el patrimonio público.

En tal sentido, las contralorías correrán traslado a la fiscalía de los hallazgos identificados que posiblemente sean constitutivos de conductas penales; así mismo lo harán ante la procuraduría o personerías de aquellas que puedan ser constitutivas de un ilícito disciplinario; también deberán correr traslado a oficina o dependencia al interior de la misma contraloría encargada de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal por los posibles daños al erario público y por último en cuanto a los hallazgos administrativos, las contralorías deberán suscribir con el representante legal de entidad, en la cual se detectó la irregularidad, el respectivo plan de mejoramiento que optimice los procesos y procedimiento al interior de la entidad en busca de una mayor eficiencia de la gestión pública que redunde igualmente en la eficiencia en la ejecución del presupuesto.

#### **4. El control fiscal y principio de libre concurrencia y selección objetiva.**

El principio de libre concurrencia en la contratación, implica un derecho de igualdad entre todos los particulares participantes en un proceso de selección, desde el mismo momento de elaboración de los pliegos de condiciones.

Mediante la función de advertencia, las contralorías pueden intervenir a fin de que en los pliegos de condiciones se garantice a todas las personas interesadas en contratar con el Estado en igualdad de condiciones, permitiendo la participación del mayor número posible de oferentes para la administración, situación que evidentemente facilita para la entidad licitante la selección de la mejor propuesta en condiciones de objetividad para la administración.

Es así como de la garantía del principio de libre concurrencia plasmado en los pliegos de condiciones, se garantiza igualmente el principio de selección objetiva, que estuvo consagrado en el artículo 29 del EGC, pero que luego fue derogado por la Ley 1150 de 2007 y específicamente el artículo 5 introdujo medidas para lograr mayor transparencia sobre la aplicación de este principio. De esta manera, tenemos que la selección objetiva del contratista debe tener en cuenta la oferta más favorable para la entidad y esta, “será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos”.

De acuerdo con lo consignado anteriormente, tenemos que el principio de libre concurrencia a los procesos de selección contractuales del estado no es absoluto, por el contrario el proceso sólo es abierto a las personas que tengan posibilidades reales de ofrecer los bienes o servicio que la entidad pública pretende obtener mediante el proceso de selección.

Entonces, la administración para poder asegurar el cumplimiento efectivo del objeto a contratar, establece reglas mínimas que deben cumplir quienes deseen participar en el proceso. Lo que se quiere con este principio es que estas reglas no se encuentren direccionadas a un proponente en particular o que favorezca a cierto grupo de proponentes con mayor capacidad jurídica, económica o de experiencia. Razón por la cual las entidades en virtud del principio de libre concurrencias, sólo deben exigir las calidades mínimas que garanticen el cumplimiento efectivo del objeto del contrato que se pretende suscribir y a su valor y en virtud del principio de selección objetiva, debe escoger la propuesta que sea más favorable a los fines que la entidad pretende satisfacer con la contratación.

En aplicación del control fiscal a estos principios, se busca identificar aquellas reglas que limitan la participación de posibles oferentes exigiendo el cumplimiento de condiciones que en nada se relaciona con el objeto del contrato a ejecutar, pues exigir las puede generar la nulidad del proceso de selección.

## **5. El control fiscal a la gestión precontractual de las administraciones públicas.**

Como lo habíamos anotado en la primera parte, el control fiscal de gestión se encuentra encaminado al examen sobre la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos,

la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

Mediante el sistema de control de gestión, se vigila que durante el proceso de selección se cumplan los procedimientos establecidos y las etapas estrictamente necesarias para lograr la selección objetiva de la propuesta más favorable. Teniendo en cuenta que los términos establecidos en el pliego se establecerán de manera preclusiva, además del deber de aquellos responsable de la contratación de darle impulso al proceso de selección.

El control de gestión por tanto, se hace con base en los postulados del principio de economía consagrado en el artículo 25 del EGC. En ese sentido, se hace énfasis en que los trámites contractuales deben adelantarse con austeridad de medios, tiempo y gastos, impidiendo las dilaciones que retarden la ejecución de la obra o servicio o que perjudiquen los intereses del Estado o del Contratista.

## **6. El control fiscal financiero en la fase precontractual de las administraciones públicas.**

En el control fiscal económico y financiero durante la fase de preparación del contrato, tendremos en cuenta que las disponibilidades, registros presupuestales y contables deben estar acordes con el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás disposiciones en esta materia, de tal forma que se minimice el riesgo de una futura responsabilidad contractual e incluso un detrimento patrimonial. Así mismo, se debe verificar que los oferentes tengan la capacidad financiera, técnica y legal que permitan con sus propuestas cumplir el objeto y demás condiciones contractuales.

Los anteriores son puntos de control, en cuanto al control financiero dentro de la fase precontractual a tener en cuenta por los responsables de la contratación de las entidades estatales y por los órganos de control fiscal en el proceso auditor al contrato estatal.

## **7. El control fiscal de resultados a la fase precontractual de las administraciones públicas.**

Las entidades estatales como fórmula de ejecución de su presupuesto, suscriben diversos tipos de contratos en busca del cumplimiento de las funciones que le han sido encomendados por mandato constitucional y legal. De esta manera, el contrato se convierte en una herramienta para el cumplimiento de los fines del Estado y en consecuencia de los resultados de la gestión adelantada por las entidades estatales. En la fase de consolidación de los contratos dependerá el cumplimiento de las metas propuestas por la administración en los planes de desarrollo.

Cuando una entidad pública, de conformidad con el presupuesto asignado para determinada vigencia fiscal establece un plan de contratación que permita alcanzar las metas fijadas para cada año, lo hace en virtud del principio de planeación y de programación integral del presupuesto y que debe alojar unos resultados finales acordes con las metas trazadas.

El control fiscal de resultados, verificará que tan eficiente fue la entidad pública teniendo en cuenta el monto del presupuesto a ejecutar mediante contratos estatales y los contratos suscritos en la vigencia. Los procesos precontractuales, deben culminar con la celebración del contrato, debiendo las responsables de la contratación evitar la declaratoria de desierta



de los procesos de selección de contratistas. Es del caso precisar, que la declaratoria de desierta de un proceso, no genera por si mismo detrimento patrimonial o responsabilidad disciplinaria o penal; pero si es la oportunidad para que el ente de control advierta de los posible riesgos del proceso, que pueden generar que ningún particular se sienta interesado en contratar los bienes, servicios u obrar requeridas por la administración.

Lo anterior significa, que la administración debe elaborar pliegos no solamente ajustados a derechos, sino que es un reto estructurar procesos que sean atractivos por los particulares, atractivos desde el punto de vista económico y jurídico, sobretodo en aquellos proyectos de gran envergadura y que contemplen la participación de capital privado.

#### **8. El control fiscal de valoración de los costos ambientales en la fase precontractual de las administraciones públicas.**

Desde la vista constitucional, el derecho de gozar de un medio ambiente sano, en el marco de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se expuso, que *“la carta de derechos que se discute en la sección primera, consigna el derecho que toda persona tiene como un derecho fundamental del hombre y del medio ambiente consagrado no sólo como un problema social-de derecho social, sino como un derecho fundamental en la parte de los derechos del hombre”*.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-415 señaló lo siguiente: *“El derecho al medio ambiente y en general, los derechos de la llamada tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean el hombre, que circundan su vida como miembros de la comunidad y que le permiten la supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social. De esta manera deben tenerse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana”*.

Este derecho debe ser garantizado durante el crecimiento y la evolución que ha tenido el hombre de su habitud y ejercer un buen control ambiental a la gestión pública y especial en lo que concierne a la contratación estatal, implica el conocimiento de todos los elementos que hacen parte del medio ambiente y que deben ser protegidos por las autoridades administrativas.

Para la protección de este derecho, a la contraloría como ente de control le corresponde ejercer vigilancia sobre tres ejes distintos, que para el caso de la Contraloría de Bogotá D.C., sus funciones se pueden clasificar así:

Fiscalización de las autoridades ambientales del orden distrital, institutos de investigación y demás organismos del sistema ambiental de Bogotá.

Fiscalización de todas las instituciones distritales y el actual de los servidores públicos, para que respeten la normalidad ambiental en el quehacer diario de sus responsabilidades.

Fiscalización a los particulares que manejan fondos distritales y que utilicen en su actividad económica los recursos naturales.

Por último, sobre las funciones de la contraloría en cuanto a la vigilancia de la gestión fiscal y particularmente al control fiscal ambiental es preciso señalar que el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 43 1993, establece: *“Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos”*. De tal manera, que en virtud de esta obligación establecida en la Ley, la relación costo beneficio del control

fiscal será mayor si sobre este se ejerce la función de advertencia, toda vez que una vez ocasionada un daños al medio ambiente es muy difícil su recuperación, en donde no basta una sanción al funcionario o particular encartado o el resarcimiento económico del daño causado.

## **9. Tipología de hallazgos del proceso auditor.**

Durante el proceso auditor, las Contraloría por disposición de la Ley 80 de 1993, puede auditar el contrato una vez verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para su ejecución. De allí que durante el procedimiento de selección, adjudicación y celebración del contrato las contralorías no pueden intervenir, salvo que participen en las audiencias de aclaraciones de pliegos de condiciones y adjudicaciones como un sujeto más, sin que pueda dar órdenes a la entidad contratante.

Así mismo, las contralorías no pueden ejercer influencias, presiones a la administración para que tome decisiones en uno u otro sentido en relación a la celebración de los contratos, porque de hacerlo estaría frente a una manifiesta vulneración a la constitución política que dispone que el control fiscal es posterior y selectivo, que para el caso de las contratación estatal se concreta el control fiscal en cuatro momentos a saber: (i) Una vez celebrado y verificado el cumplimiento de los requisitos necesarios para la ejecución del contrato; (ii) luego de la ejecución de hitos contractuales dentro del contrato, esto es, si durante la ejecución del contrato hay etapas de preconstrucción, de construcción y de mantenimiento, entonces se puede realizar control fiscal una vez ejecutadas cada una de las etapas; (iii) luego de terminado el plazo del contrato; (iv) y luego de liquidado el respectivo contrato.

En ocasiones las contralorías, intervienen en los procesos contractuales a través de la

institución legal de los controles o función de advertencia, frente a lo cual señalamos que debe tenerse sumo cuidado con este instrumento, porque si su contenido no se reduce a advertir a la entidad el evidente y probado daño patrimonial en que incurre de celebrar el contrato, y por el contrario hace advertencias penales y disciplinarias, estaría extralimitándose en sus funciones. Tampoco puede ampararse en el control o función de advertencia fiscal, para participar de manera indebida en decisiones contractuales, puesto si se prueba en el ámbito penal y disciplinario que esa intervención lleva una oculta intención de presionar a la entidad a tomar decisiones en las que no debe inmiscuirse el órgano de control estaría comprometido en el ámbito de la responsabilidad penal y disciplinaria.

Veamos los distintos hallazgos que se pueden estructurar por parte de la contraloría, en la fase precontractual, que va desde la apertura del proceso de selección hasta la celebración del mismo, aunque la contraloría sólo pueda auditar esta fase una vez se suscriba el contrato, se aprueben las garantías, se realice el registro presupuestal, se publique el contrato, y se paguen los impuestos correspondientes.

### **9.1 Hallazgos disciplinarios.**

Los hallazgos disciplinarios, está determinados por la verificación de la existencia de conductas de los servidores públicos responsables de la gestión de la fase precontractual de los contratos, que se encuentren incursas en faltas disciplinarias gravísimas, graves y leves establecidas como tal en el CDU.

De allí que, las faltas disciplinarias en que se puede incurrir en la fase precontractual se encuentran señaladas en el artículo 34 y 35 y 48, numerales 30 y 31 del CDU, consistente en infringir los deberes de los servidores públicos y vulnera los derechos de los contratistas,

así como la participación o intervención en la fase precontractual con vulneración al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades contractuales, vulneración a los principios de contratación estatal, intervención con detrimento patrimonial al Estado, y la celebración de contratos estatales sin los requisitos jurídicos, técnicos y económicos necesarios para la ejecución del mismo.

Por lo anterior, las conductas que pueden constituir faltas disciplinarias en la fase precontractual son las siguientes:

- Celebrar contratos estatales por un procedimiento de selección del contratista distinto al previsto en la Ley.

- Celebrar contrato si la previa disponibilidad presupuestal u ordenar la apertura del proceso se la misma.

- Ordenar la apertura del proceso de selección, adjudicar y celebrar el contrato con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.

- Ordenar el proceso de selección, adjudicar y celebrar el contrato, sin los correspondientes estudios genéricos de oportunidad y conveniencia.

- Ordenar la apertura del proceso de selección, adjudicar y celebrar el contrato si los requisitos técnicos específicos de estudios y diseños, geométricos, de suelos.

- Ordenar el proceso de selección, adjudicar y celebrar el contrato sin el cumplimiento de los

requisitos exigidos en materia de predios y de gestión social.

-Ordenar el proceso de selección, adjudicación y celebración del contrato, sin las licencias, permisos, autorizaciones, ambientales requeridas legalmente.

-Ordenar la apertura del proceso de selección, adjudicación y celebración del contrato sin los estudios de mercado, económico y de precios requeridos.

-Evaluar las propuestas con desviación de poder, adjudicando puntajes a oferentes que no reúnen los requisitos exigidos.

-Evaluar propuestas, habilitando oferentes con requisitos que conforme a la ley y los pliegos no reúnen tales condiciones.

-No revocar el acto administrativo de adjudicación cuando existe causa legal sobreviniente o cuando se demuestra que el adjudicatario obtuvo el derecho por medios fraudulentos.

-No declarar desierto el proceso existiendo los requisitos exigidos por la Ley, o declararla desierta contrariando el ordenamiento jurídico.

-No ordenar la revocatoria del procedimiento de selección, cuando se demuestre que no es posible continuar con el procedimiento de selección, conforme a la Ley.

-Incumplir el deber de dar publicidad a todos los documentos, actuaciones y soportes del proceso de selección e contratistas.

## **9.2 Hallazgos administrativos.**

Los hallazgos administrativos en los procedimientos de selección de los contratistas, están dado por el incumplimiento de normas internas de la entidad, sobre eliminación de desperdicios, normas administrativas de autoridad, y de incumplimiento de memorandos y disposiciones internas, de tal manera que se subsana con las medidas administrativas implementadas a través de planes de mejoramiento.

En ocasiones, cuando el incumplimiento de esos procedimientos administrativos se adecuan a normas fiscales, disciplinarias y a tipos penales, de éstos hallazgos administrativos se corre traslado a las autoridades correspondientes para que investiguen las presuntas infracciones penales, fiscales y disciplinarias. Podemos afirmar que son la excepción, es decir, que los hallazgos administrativos tengan incidencia disciplinaria, ya que éstos son catalogados como simples malas prácticas administrativas, susceptibles de mejoramiento, tales como que todas las órdenes deben estar incorporadas en memorando, instrucciones y circulares, la organizaciones de los turnos y horarios de trabajo dentro del recurso humano adscrito a las oficinas eco.

### **9.3 Hallazgos fiscales.**

Los hallazgos fiscales en la fase precontractual están dados, por los daños o detrimentos patrimoniales en que se incurra en la fase precontractual. Podemos afirmar, que normalmente los hallazgos fiscales de la fase precontractual, ocurren porque se adjudico y celebró el contrato, ya que la certeza del negocio jurídico se da es con la celebración del mismo, y desde luego el hallazgo fiscal se evidencia desde la fase precontractual si se trata por ejemplo de los estudios y diseños, los precios del contrato que vienen desde la fase de planeación del mismo.

Pero si los precios, y cualquiera otra actuación constituye una indebida gestión fiscal precontractual, pero el procedimiento de selección es revocado, se declaró desierto o el acto administrativo de adjudicación se revoca y por ende no se celebró el contrato, en este caso, no existe daño contractual, toda vez que los precios sobrefacturados al no existir el contrato, no se ejecuto y por ende no se pago, razón por la cual no se materializó el daño patrimonial. Pero es posible que a la persona a quien se le revoco la adjudicación del negocio jurídico, o quien sería el adjudicatario de la licitación declarada desierta reclame y obtenga de los jueces una indemnización, entonces si bien no se celebró el contrato, el servidor publico que incurrió en la indebida gestión contractual será el responsable de ese daño patrimonial.

#### **9.4 Hallazgos penales.**

los hallazgos penales, están dado por los delitos en que pueden incurrir los servidores públicos durante la fase precontractual, y principalmente podemos afirmar que son, celebración de contratos con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades, celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos esenciales legales, interés indebido en la celebración de contratos, pero puede existir concurso con otros delitos contra la administración pública, como prevaricato por omisión, prevaricato por acción, falsedad ideológica en documento público, peculado por apropiación, peculado en favor de terceros, cohecho propio, cohecho impropio, concusión, tráfico de influencias etc. Todo lo anterior, teniendo en cuenta las conductas arriba indicadas que constituyen hallazgos disciplinarios de la fase precontractual.



## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **EL CONTROL FISCAL A LA FASE CONTRACTUAL O DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.**

Una vez suscrito el contrato estatal de conformidad con las norma establecidas durante el proceso de selección del contratista, empieza a desarrollarse la etapa destinada a obtener los bienes, servicios u obra contratada por la administración, cuyo periodo es el plazo estipulado para el cumplimiento del objeto contractual y las obligaciones derivadas del acuerdo.

El inicio de la fase contractual y por ende la vigilancia fiscal del contrato estatal en su fase contractual, es a partir del perfeccionamiento del contrato y este se da cuando se ha llevado a escrito todos los elementos integrantes del acuerdo y por supuesto requiere de las suscripción de las partes que intervienen en el acuerdo, imprimiendo a los contratos de la administración la característica de contratos solemnes.

*“El perfeccionamiento está caracterizado porque su configuración como fuente obligacional se opera a partir del momento en que las partes capaces y competentes, expresan su voluntad exentas de vicios, sobre el objeto y causa lícitos, consagrando las estipulaciones que la ley contractual exige o los ordenamientos civil, comercial o especial permiten y reduciendo a escrito tal consenso sobre aquellos aspectos, con las constancias de haberse obtenido la reserva presupuestal correspondiente”.*

**1. El control fiscal a la verificación de los requisitos de ejecución del contrato que hacen las administraciones públicas contratantes.**

Ahora bien, en materia de contratos estatales, el plazo del mismo no empezara contarse por el sólo hecho del perfeccionamiento del acuerdo entre la entidad contratante y su contratista, de tal manera que la ejecución del mismo no podrá darse sin el cumplimiento de ciertos requisitos. Lo anterior, permite diferenciar en materia de contratos estatales, el momento del perfeccionamiento de contrato con la ejecución del mismo.

Así, una cosa es el perfeccionamiento del contrato y otra muy diferente el momento a partir del cual se empieza a ejecutar las obligaciones nacidas del objeto del contrato.

Lo anterior sin dejar de lado que le asiste a las partes la obligación de cumplir con los requisitos de ejecución del contrato. De esta manera, de conformidad con el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, para la ejecución del contrato se requiere:

Que el contratista aporte las garantías que amparen el cumplimiento, la calidad del servicio, estabilidad, prestaciones sociales de sus trabajadores, de responsabilidad civil extracontractual y de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y que existe la correspondiente aprobación por parte de la entidad contratante de dichas garantías.

Las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. Es importar resaltar, que en este caso el EGC, habla de disponibilidades presupuestales, pero debe entenderse que se trata es de los registro presupuestales como método para asegurar el cumplimiento del compromiso asumido por la entidad.

Así mismo, es necesario que el contratista acredite que se encuentra al día en los pagos correspondientes al sistema de seguridad social en salud y de los aportes parafiscales, cuando a esto haya lugar.

Que se realice la publicación del respectivo contrato en los términos del párrafo 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con lo estipulado en el artículo 84 del Decreto 2474 de 2008.

Además de los requisitos antes mencionados, en los relacionado con los contratos de obra público o de infraestructura que puedan generar un impacta directo o indirecto en el medio ambiente, es necesario contar las licencias ambientales necesarias, reguladas por el artículo 49 de la Ley 99 de 1993, Decreto 1220 de 2005 .

La verificación de estos requisitos y demás que sean necesarios para iniciar con la ejecución del objeto del contrato de conformidad con la naturaleza del mismo, son imprescindibles para que la administración pueda empezar a exigir el cumplimiento de las obligaciones al contratista, como también empezar con el cumplimiento de sus obligaciones contractuales como es el caso del giro del anticipo o pago anticipado.

Es muy importante dentro de la vigilancia fiscal, velar por el cumplimiento de los requisitos de ejecución de conformidad con la ley y el contrato, toda vez que su incumplimiento puede generar responsabilidad en los representantes de la entidad contratante.

Es así, como el retardo de la entidad contratante v. gr. en la expedición del registro presupuestal o en la aprobación de la garantías retrasa el inicio de la ejecución del contrato y puede generar un desequilibrio económico al contratista que deberá ser reconocido por la

administración sin tener el deber jurídico de soportarlo y consecuentemente un daño patrimonial al Estado, al igual que si perfeccionado el contrato la administración contratante no agiliza el proceso de legalización del mismo ocasionando que el acta de iniciación del contrato se firme por fuera del término establecido en el contrato lo cual no tendría sentido que la administración le imponga un término al contratista para aportar los documentos necesarios para iniciar el contrato y, sin embargo, sea la misma entidad la causante de que dicha suscripción no se efectúe en los términos ya establecidos.

## **2. El control fiscal de gestión a la fase de ejecución del contrato estatal.**

Una vez agotados los trámites de legalización del contrato comienza formalmente a intervenir la contraloría como ente de control fiscal, según lo ha establecido el EGC, de tal manera que “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”.

Lo anterior significa que durante la ejecución del contrato estatal el ente de control fiscal podrá revisar todo el proceso de contratación y por supuesto el proceso de ejecución del mismo. En consecuencia el control fiscal que se realiza por la contraloría durante la fase de ejecución del contrato debe contener como mínimo los siguientes aspectos:

- Calidad de los bienes, obras, servicios y suministros contratados.

- Adecuado registro contable de las operaciones y bienes relacionados con el

contrato.

-Consistencia de los pagos efectuados según lo pactado y los bienes, servicios, obras o suministros entregados.

-Cumplimiento oportuno en la ejecución del contrato.

-Análisis de los costos y beneficios relacionados con la ejecución.

-Justificación de las prórrogas, adiciones y reajustes de los precios autorizados.

Cumplimiento del plan de manejo ambiental aprobado para la obra respectiva.

### **3. El control fiscal de resultados en la gestión del ente público contratante durante la fase de ejecución contractual.**

El contrato estatal como toda forma de gestión pública, esta dirigido al cumplir con aquellos fines esenciales del Estado que han sido señalados por la constitución concretados en los planes de desarrollo nacionales y de los entes territoriales. De esta manera, cuando la administración decide adelantar un proceso contractual cualquiera que sea, este debe estar conforme a las políticas formuladas por las autoridades administrativas en desarrollo del principio de planeación.

Conforme a lo anterior, el contrato estatal se constituye en una herramienta para la ejecución de políticas públicas, para satisfacer necesidades públicas como también una herramienta para ejecutar el presupuesto público lo que obliga a las entidades asegurar los resultados de la gestión contractual del Estado constituyéndose la verificación de los

resultados en la contratación en un punto de control de la vigilancia fiscal.

En ese sentido, la vigilancia fiscal, en cuanto a los resultados de la contratación estatal, establecerá si una vez culminado el término de ejecución del contrato la administración contratante por intermedio de su contratista ha cumplido totalmente con el objeto contratado; es decir, si efectivamente la entidad contratante ha recibido los bienes o servicios contratados de conformidad con las condiciones del contrato.

Es así, como la contraloría debe evaluar si con la ejecución del contrato se logró efectivamente atender la necesidad pública por la cual se efectuó el gasto, si los bienes, servicios u obra contratada puedan ser aprovechadas conforme fue prevista.

#### **4. El control fiscal de legalidad durante la fase de ejecución del contrato estatal.**

Sobre el control fiscal de legalidad del contrato, hay que decir que en el marco regulatorio de los contrato, es el mismo contrato, según la previsión del artículo 1602 del Código Civil, al establecer que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no podrá ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales”*. Es así, como tenemos que la ley del contrato es el mismo contrato y por tanta las partes en su ejecución deben sujetarse a lo expresamente pactado, constituyéndose en un elemento de seguridad jurídica que otorga certeza de las obligaciones y derechos de los contratantes.

El control fiscal de legalidad durante la fase del contrato, implica ejercer la auditoría a todas las cláusulas del contrato, el acuerdo en su totalidad, sobre las obligaciones y derechos de cada una de las partes, el objeto del contrato, las condiciones referente a la calidad de los

bienes, servicios u obra que se contrato, el costo y el tipo de remuneración de las mismas, la forma de pago que se establezca en el contrato.

Así mismo, este control implica la auditoría a aquellas cláusulas que llegaran a pactarse que resulten de un imposible cumplimiento por alguna de las partes, aquellas cláusulas que coloquen el riesgo el patrimonio público y le impongan cargas adicionales que la administración no este en la obligación de soportar y las demás que de conformidad con el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, contravengan el principio de transparencia.

Sobre el control de legalidad en el contrato estatal, es importante precisar que las contralorías deben tener en cuenta, que lo que se está auditando es un contrato que a su vez es producto del acuerdo de voluntades entre la administración y un particular y en tal caso, los hallazgos que puedan identificarse en desarrollo del proceso auditor no pueden ser más que administrativos siempre y cuando no contravengan la ley; es decir, si el contrato se ha celebrado de conformidad con la constitución y la ley, al órgano de control no le es permitido entrar a coadministrar durante la ejecución del contrato y en tal sentido durante el proceso auditor deberá respetar este límite, aunado a lo anterior porque los actos administrativos que se expidan con ocasión de la ejecución de un contrato estatal y el mismo contrato estatal, gozan de la presunción de legalidad y debe ser el juez quien se pronuncie sobre ellos.

Ahora bien, mediante el control de advertencia o los hallazgos administrativos las contralorías pueden proponer acciones a la administración a fin de que se logre reducir el riesgo al patrimonio público en virtud de la celebración de un contrato, v. gr. proponer la modificación, unilateral o de mutuo acuerdo del contrato, que se adelante la demanda ante

el juez del contrato etc.

## **5. El control fiscal económico y financiero del contrato estatal**

Al igual que en el anterior punto, los hallazgos que se pueden identificar en el ejercicio del control económico y financiero durante la ejecución del contrato, son hallazgos meramente administrativos. De tal manera que en virtud de esta sistema de control, se verificará el adecuado registro contable de las operaciones y bienes relacionados con el contrato. Que los pagos que debe efectuar la administración en virtud del contrato estén en concordancia con el Programa Anual Mensualizado de Caja (PAC) de la entidad, la justificación de las adiciones y reajuste de los precios del contrato. Igualmente, en tratándose de contratos de concesión, podemos verificar mediante este sistema de control, que la conformación del negocio financiero de la concesión, la tasa interna de retorno, la administración pacto garantía de ingreso mínimo y la forma como afecta el patrimonio público, la posibilidad de evidenciar un posible desequilibrio económico a favor de la entidad por el aumento el recaudo de los peajes por aumento del tránsito mínimo inicialmente calculado.

## **6. El control fiscal de revisión de cuentas en la gestión del contrato estatal.**

El control sobre la revisión de las cuentas al contrato estatal, implica la evaluación sobre los pagos que se efectúen, los cuales deben corresponder según lo pactado y deben corresponder al recibo efectivo de los bienes, servicios, obras o suministros que se hayan contrato de conformidad con lo pactado en el contrato.

La Contraloría General de la República, mediante la Guía Audite 3.0 ha establecido unos



criterios a tener en cuenta para ejercer el control durante la etapa contractual, entre ellos tenemos los siguientes aplicables al control de revisión de cuentas:

- Las cuentas o pagos deben corresponder a los términos establecidos en las obligaciones contractuales pactadas. (Plazos contractuales y cronogramas de actividades)

- El contratista y el contratante deben cumplir con los requisitos exigidos para efecto de los pagos correspondientes (actas, informes de interventoría, certificaciones, entre otras).

- Las cuentas canceladas o pagos efectuados deben afectar el correspondiente registro presupuestal y el rubro respectivo que ampara la obligación contractual.

- Las cuentas canceladas o pagos deben estar soportados conforme a los procedimientos establecidos por la administración para tal efecto y a la naturaleza de los contratos.

- Verificar si los pagos efectuados obedecieron a lo pactado y aseguraron que el objeto contractual y el plazo cumplieron los fines o propósitos que dieron origen a su contratación.

- Establecer si los saldos por pagar registrados en el Sistema Integrado de Información Financiera, corresponden a las obligaciones contractuales pactadas y pendientes de pago.

## **7. El control fiscal de valoración de los costos ambientales durante la ejecución del contrato estatal.**

La responsabilidad fiscal derivada de los daños al medio ambiente, “es aquella que surge cuando el daño al patrimonio del Estado es causado por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración de los recursos naturales o de los particulares o entidades que manejan recursos naturales sean renovables o no renovables”.

Así, la gestión ambiental implica *“un conjunto de acciones de ordenamiento, regulación, planificación y control entre otras, que son ejecutadas por las autoridades ambientales con el propósito de garantizar las obligaciones estatales de rango constitucional a nivel ambiental de protección y conservación (art. 8 y 79 de la Constitución) y así garantizar el desarrollo sostenible”*.

Pero los particulares también son gestores fiscales ambientales y en tal sentido, al utilizar los recursos naturales o ejecutar cualquier actividad que tenga algún impacto en los recursos naturales, deben seguirse por los parámetros que reglamentan los límites para su utilización y/o aprovechamiento.

Conforme a lo anterior, cuando un particular en virtud de la ejecución de un contrato de obra pública, este adquiere una posición de garante frente al medio ambiente, “derivada de las exigencias de manejo y protección impuesta por el ordenamiento jurídico, y por tanto por esa posición de garante también puede ser sujeto de responsabilidad fiscal”

Aunado a lo anterior, el control fiscal ambiental implica que los órganos de control deben identificar si durante la ejecución del contrato algún funcionario por omisión no ha evitado la ocurrencia del daño, teniendo como deber jurídico hacerlo en donde quedan incluidos los interventores de los contratos.

## **8. Tipología de hallazgos del proceso auditor.**

Las contralorías en desarrollo de la titularidad del control fiscal pueden realizar el proceso auditor igualmente, durante la fase de ejecución del contrato estatal. Decíamos que la primera oportunidad legal para auditar fiscalmente el contrato, es una vez verificado los requisitos para la ejecución del mismo, que coloquialmente se conoce como la legalización del contrato.

Pero durante la fase de ejecución del contrato estatal, la contraloría tiene dos oportunidades para realizar el proceso de auditaje contractual, y una vez finalizada cada una de las etapas del contrato, en el evento en que el contrato tenga periodo de pre-construcción, de construcción y de mantenimiento, y si es de concesión también se puede hacer durante la fase concomitante de construcción, rehabilitación, mantenimiento y operación de la administración del bien o prestación del servicio. Pero si el contrato es de aquellos que su periodo de ejecución no está determinado por etapas, el proceso de auditoría se puede realizar una vez se empiecen a ejecutar los actos propios de la ejecución del contrato y es el desembolso del anticipo, su legalización y amortización, así como a partir de la realización del pago anticipado pactado, incluyendo los actos contractuales de entrega y recibo de obras, bienes y servicios parciales, reconocimientos económicos, mayores costos, revisiones, ajustes, adiciones, contratos adicionales, mayores cantidades de obra, restablecimiento del equilibrio económico, y todos las demás actuaciones propias de la gestión fiscal del contrato que se realice durante la ejecución del mismo. La segunda oportunidad para el auditaje fiscal del contrato estatal es a partir de la terminación del contrato, ya sea por entrega del objeto contratado, por vencimiento del plazo, por causas contractuales y legales expresamente previstas o por terminación anormal o extraordinaria del contrato, ya sea

terminación unilateral, terminación anticipada de mutuo acuerdo, caducidad administrativa del contrato, o por resolución judicial.

En esta oportunidad, vamos a identificar los distintos hallazgos penales, disciplinarios, fiscales y administrativos, que puede estructurar y encontrar las contralorías durante el proceso auditor a la fase de ejecución del contrato, teniendo en cuenta la tipología del contrato, el régimen jurídico aplicable al contrato, las estipulaciones contractuales y la naturaleza jurídica de la entidad pública, mixta o privada que administra recursos públicos, cuya posición jurídica es la de sujeto de control de las contralorías en su condición de contratante o contratista estatal.

### **8.1 Hallazgos disciplinarios**

Los hallazgos disciplinarios que pueden estructurar las Contralorías para compulsar las respectivas copias a la Procuraduría General de la Nación, a las Personerías municipales y distritales, a las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura y del Consejo Superior de la Judicatura y a los Consejos Profesionales de la correspondiente profesión, tienen dos puntos de partida, así: Si se trata de servidores públicos, los hallazgos disciplinarios que estructure las contraloría como consecuencia de las respectivas auditorías se hace conforme a la Ley 734 de 2002, y si los gestores fiscales no son servidores públicos, pero son contratistas de prestación de servicios, consultores, asesores, constructores deberán estructurar los hallazgos disciplinarios conforme al Código de Ética de la respectiva profesión, esto es que si el contratista de prestación de servicios profesionales o de apoyo a la gestión es de aquellos suscritos por Abogados particulares y requiere la idoneidad del título profesional deberá estructurarse el hallazgo disciplinario conforme al decreto 196 de 1971 y la Ley 1122 de 2007, que es el Código de Ética del Abogado, y en relación a las

demás profesionales como los médicos deberán estructurados conforme al Código de Ética Médica y compulsar las copias para el Tribunal de Ética Médica, y de la misma manera hará con los odontólogos, enfermeras, administradores de empresas, ingenieros, economistas etc, ya que todas las profesiones tienen su propio Código expedido por Ley de la República y su propio tribunal de ética para juzgar tales comportamientos.

Las contralorías en materia disciplinaria se limitan a estructurar hallazgos disciplinarios para los servidores públicos, pero casi siempre la mayoría de las veces omiten el deber de estructurar hallazgos disciplinarios para los contratistas que en virtud del contrato cumplen funciones públicas o administrativas, y ahora con la Ley 1474 queda claro que son sujetos disciplinarios y por ende deben ser destinatarios de hallazgos disciplinarios. De otra parte, las contralorías para los casos en que el contratista no sea sujeto disciplinario de la Procuraduría General de la Nación o del Consejo Superior de la Judicatura y sus Consejos Seccionales-Sala Jurisdiccional Disciplinaria, deberá estructurar el hallazgo disciplinario para el ingeniero o arquitecto, que elaboró de manera inadecuada los diseños, el ingeniero que construyó la obra con defectos, así como los demás profesionales que en virtud del contrato actuaron contrariando sus deberes legales éticos y compulsar las copias correspondientes.

Veamos entonces, los hallazgos disciplinarios para servidores públicos y contratistas particulares en virtud de la Ley 734 de 2002, la Ley 1474 de 2011 y la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios.

Los hallazgos disciplinarios que configuran faltas disciplinarias leves, graves y gravísimas están establecidas en el artículo 34 de la Ley 734 de 2002, como infracción a deberes, en el artículo 35 como prohibiciones para los servidores públicos, y como faltas disciplinarias

gravísimas las establecidas en el artículo 48, numerales 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 35 del CDU, consistente en los siguiente:

Artículo 48 del CDU, así:

- Numeral 29. Es falta disciplinaria gravísima la celebración de los contratos de prestación de servicios y contratos de apoyo a la gestión cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

Estas excepciones están dadas por las previstas en la Ley 1150 de 2007, reglamentado por el Decreto 2474 de 2008, y la Ley 1474 de 2011, en donde estableció claramente que se pueden celebrar contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión con las características establecidas en el numeral 29 del artículo 48 del CDU, luego la falta disciplinaria está prevista para los contratos de prestación de servicios, ya sea profesionales o especializados y no para los contratos de apoyo a la gestión.

Es importante precisar que tanto los servidores públicos como los contratistas de prestación de servicios, ya sea profesionales o especializados y los contratistas de prestación de servicios de apoyo a la gestión son sujetos del derecho disciplinario, con la diferencia que las faltas atribuibles a los servidores públicos son las de los artículos 34 y 35 del CDU y para los contratistas de prestación de servicios en cualquiera de las modalidades que sea se les aplican los artículos 53 y 55 de la Ley 734 de 2002, reformado por la Ley 1474 de 2011.

-El Numeral 30 del artículo 48 del CDU, dispone que quien intervenga en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal que esté incurso en causal constitucional o legal, de inhabilidad, conflicto de intereses- numeral 17, artículo 35 del CDU-, o con la omisión de estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución, o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

Vale la pena señalar, que esta norma en primer lugar pareciera estar sólo dirigida para la fase precontractual, pero atendiendo todas las actuaciones durante la ejecución del contrato, obtenemos que igualmente se aplica a las fase de ejecución del contrato, toda vez que durante ésta puede suceder la celebración de actos que implican novaciones al contrato inicial, tal como la celebración de adiciones, prórrogas, denominadas igualmente adiciones en plazo o en dichero, contratos adicionales, mayores cantidades de obra, cesiones de los contratos. Para éstos actuaciones contractuales, se requiere que las partes no estén incursas en causales de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, así como también se requiere de estudios técnicos de diseños, de suelos, estudios geométricos etc, estudios financieros, jurídicos, permisos y autorizaciones previas, teniendo en cuenta la naturaleza del acto contractual como es la adición, el contrato adicional la cesión del contrato, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato etc.

Vale la pena señalar, que en ocasiones los órganos de control exigen a la entidad pública contratante que para la contratación de urgencia manifiesta, también tenga los permisos, autorizaciones previas, las licencias, y los estudios previos, técnicos, financieros, situación que no puede ser analizada desde la perspectiva de la planeación del contrato, toda vez que la contratación de urgencia implica que un contrato que en principio debe ser adjudicado por licitación o selección abreviada se celebre directamente precisamente por que el objeto se requiere para intervenir de manera inmediata y prevenir los efectos de una situación

extraña, anómala, de fuerza mayor, catástrofe etc. Ello sustrae a la administración de manera prudente de la planeación del contrato, lo que implica que no puede constituir delito ni falta disciplinaria el contratar directamente previa urgencia manifiesta sin la exigencia de la plenitud de los requisitos previos, salvo la disponibilidad y registro presupuestal que no se puede soslayar ya que este requisito encuentra fundamento en la constitución política.

- El numeral 31 del artículo 48 del CDU, establece que constituye falta disciplinaria quien durante la ejecución de un contrato o en cualquier actividad contractual, actúe con detrimento al patrimonio del Estado, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal contemplados en la Constitución y en la Ley.

Lo anterior, implica que cualquier acto que implique erogación presupuestal que no encuentre sustento en el contrato y en la ley, generará detrimento patrimonial y por tanto falta disciplinaria, así como la vulneración a los principios constitucionales y legales. El problema se presenta con los principios constitucionales, ya que la regulación superior de éstos principios son normas de orientación de la actividad estatal y no encuentran descripción concreta como para generar una falta disciplinaria, y es por ello que por ejemplo el artículo 209 constitucional habla de los principios de transparencia, moralidad, economía, pero al no tener contenido ni definición, tampoco puede el operador fiscal ni el disciplinario entrar a describir el contenido del mismo, porque sería actuar de manera arbitraria a operar de legislador y de constituyente.

En cuanto a los principios de contratación, ya la Corte Constitucional ha señalado que el principio de planeación al no estar definido como tal en la Ley 80 de 1993, ni en ninguna otra norma contractual no puede constituir falta disciplinaria, en cambio los principios de



transparencia, economía y responsabilidad al encontrar descripción en los artículos 24,25 y 26 de la Ley 80 de 1993, si tienen legalmente los ingredientes del principio de legalidad de los tipos disciplinarios en blanco.

-El numeral 32 y 33 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, señala que si durante la ejecución del contrato la entidad declara la caducidad del contrato o lo da por terminado unilateralmente, sin que se cumpla con las causales previstas en los artículos 14, 17, 18, 42, 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, incurre en falta disciplinaria, toda vez que se presenta lo que en derecho administrativo se conoce como desviación o abuso de poder, violación a la ley y falta de motivación, lo que además de construir una causal de nulidad del acto administrativo, configura una falta disciplinaria gravísima.

-El numeral 34 y 35 del artículo 48 de la ley 734 de 2002, dispone para el interventor que incurre en falta disciplinaria gravísima si el interventor ya sea particular contratista o servidor público no exige al contratista vigilado la calidad, cantidad, cumplimiento de normas técnicas y recibo a satisfacción de los bienes y servicios contratados sin reunir tal condición. Así mismo, si el servidor público no responde dentro del término de tres meses los derechos de petición que le formule el contratista durante la ejecución e un contrato, incurrirá en falta disciplinaria, en los términos legales antes señalado.

Veamos entonces los comportamiento contractuales que se encuadran durante la ejecución de un contrato estatal dentro de la tipología de faltas disciplinarias gravísimas, así:

-Una vez adjudicado el contrato, constituye falta disciplinaria gravísima no revocar el acto administrativo de adjudicación cuando sobrevienen causales de inhabilidad incompatibilidad, y por el contrario proceder a suscribir el contrato.

-No suscribir el contrato por parte de la administración dentro del término previsto en el pliego de condiciones, o en su defecto dentro de los quince días previstos en la Ley 80 de 1993.

- No hacer efectiva la garantía de seriedad del ofrecimiento, cuando vencido el término para suscribir el contrato por parte del adjudicatario no lo hace sin justificación alguna.

-Cuando la administración sin justificación alguna no procede a realizar el registro presupuestal, luego de suscrito el contrato dentro del término previsto en el pliego de condiciones para la verificación de los requisitos necesarios para la ejecución del contrato estatal.

-No requerir al contratista que ha dejado vencer los términos previstos en el pliego de condiciones y en el contrato para aportar la constancia del pago de impuestos, de publicación del contrato y la garantía de seriedad del ofrecimiento necesarios para la ejecución del contrato.

- No declarar la garantía de seriedad del ofrecimiento al contratista que dejó vencer los términos previstos en el pliego de condiciones sin aportar la constancia de pago de impuestos, de publicación del contrato y la garantía de seriedad del ofrecimiento necesarios para la ejecución del contrato.

-No declarar la caducidad del contrato estatal, cuando el contratista sin causa justificada no aporta los requisitos necesarios para la ejecución del contrato, o suscrita el acta de inicio del plazo de ejecución del contrato, o dada la orden escrita por parte de la administración o del

interventor según el pliego de condiciones para la ejecución del mismo no lo hace, y ello paraliza la ejecución o suspende la prestación del servicio o la ejecución de la obra.

-Cuando la administración contratante sin justificación alguna no desembolsa el valor del anticipo o pago anticipado pactado en el contrato.

-Cuando la administración no declara el siniestro amparado con la garantía de cumplimiento, esto es, adecuada y correcta inversión del anticipo, pago de salarios y prestaciones, cumplimiento del contrato, responsabilidad extracontractual etc.

-Cuando la administración no da por terminado de manera unilateral el contrato estatal, teniendo en el deber hacerlo, conforme al artículo 14 y 17 de la Ley 80 de 1993.

-Cuando la administración no declara la caducidad administrativa de un contrato estatal, habiéndose presentado la causal de incumplimiento grave que afecte la ejecución de la obra o conduce a la paralización del contrato prevista en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, o se presenta la causal de orden pública prevista en la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 1106 de 2006 y Ley 1421 de 2010.

-Cuando la administración contratante no interpreta de manera unilateral el contrato existiendo la causal prevista en el artículo 14 y 15 de la Ley 80 de 1993.

-Cuando la administración contratante no modifica unilateralmente el contrato estatal, existiendo la causal prevista en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993.

-Cuando la administración contratante no declara las multas por incumplimientos parciales,

conforme a las causales legales y las contractuales previstas en el mismo contrato estatal.

- Cuando la administración contratante no declara el incumplimiento administrativo del contrato y la cláusula penal pecuniaria conforme al artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

- Cuando la administración contratante prorroga sin justificación alguna el plazo del contrato estatal.

- Cuando existiendo justificación se abstiene de prorrogar el plazo del contrato.

- Cuando sin justificación y estudios previos suscribe contratos adicionales, adición y actas de mayores cantidades de obra.

- Cuando la administración no ejerce la supervisión y coordinación durante la ejecución del contrato del correspondiente contrato de interventora.

- Recibir bienes y servicios, cantidades parciales o totales de obra en cantidad y/o calidad inferior a la prevista en el contrato.

## **8.2 Hallazgos administrativos.**

Los hallazgos administrativos durante la ejecución del contrato estatal, están determinados por los meros incumplimientos de los procedimientos administrativos formales establecidos en los manuales internos de procedimiento, tales como la falta de control en la radicación y pago de las cuentas, aplicación de trámites y procedimientos innecesarios, negligencia y mora en la expedición de los actos administrativos, control de la hoja de rutas del contrato. En síntesis los hallazgos administrativos, son aquellas malas prácticas administrativas calificadas como ineficientes, sin que constituyeran faltas disciplinarias y delitos y daños

patrimoniales. Si las irregularidades administrativas trascienden las meras prácticas costumbristas administrativas, además de constituir hallazgos administrativos, tienen incidencia penal, disciplinaria y/o fiscal según el caso.

### **8.3 Hallazgos fiscales.**

Los hallazgos fiscales, son los daños patrimoniales que ocurren durante la ejecución del contrato estatal, y que son producto de una gestión fiscal inadecuada, defectuosas, irregular, negligente, morosa etc. Estas actuaciones fiscales, de naturaleza contractual son las siguientes:

- Cuando el contratista se apropia de bienes y servicios que le entrega la administración con destinación exclusiva al contrato estatal, tales como los recursos del anticipo, que tienen que destinarse exclusivamente al contrato. El pago anticipado entra al patrimonio del contratista, y por tanto no puede construir daño patrimonial, pues si el contratista recibe el pago anticipado y no cumple con el objeto del contrato, se presenta un incumplimiento del contrato y no un peculado por apropiación de ni ninguna otra naturaleza.

- Cuando la administración paga intereses moratorios que no ha pactado en el contrato, o porque habiéndolo pactado los paga por negligencia de la administración que contando con los recursos no lo hace a tiempo.

- Cuando la administración habiéndose impuesto las multas aplicadas una garantía, no cobra por la vía persuasiva o de ejecución el valor de las mismas.

- Cuando la administración contratante, no exige el restablecimiento del equilibrio

económico en favor de la administración ocurriendo la causal imputable al contratista particular.

-Cuando la administración suscribe un contrato estatal, con precios por encima de los establecidos en el mercado.

En ocasiones, las contralorías y en su representación los funcionarios del control fiscal, tanto en el proceso de auditoria a los contratos estatales, como en los procesos de responsabilidad fiscal incurren en error de instancia, entendiendo por ello como la operación jurídica en la que un funcionario competente para conocer de una actuación, la decide o falla desconociendo las especialidades propias del régimen jurídico procesal y sustancial que regula la actuación de que conoce para decidirla conforme a la naturaleza jurídica de una actuación distinta. Explicándolo en el asunto en concreto, encontramos que en ocasiones el funcionario del control fiscal al conocer de un proceso de responsabilidad fiscal por presunto daño patrimonial generado por una gestión fiscal durante la fase precontractual, de ejecución o liquidación de un contrato, lo falla como si se tratara del juez administrativo del contrato estatal, que conoce de la acción contractual, de la nulidad simple o de la nulidad o restablecimiento del derecho de naturaleza contractual.

En este orden de ideas, el funcionario del control fiscal debe tener en cuenta que el juez natural del contrato estatal es el juez administrativo y en ningún caso puede invadir el escenario y la competencia constitucional y legal del juez, tanto así que el juez del control fiscal en ningún caso podrá en un proceso de responsabilidad pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo contractual, esto, pronunciarse sobre si el acto administrativo que declara la apertura de un proceso de selección de contratistas es ilegal o nó, como tampoco podrá hacerlo en relación con el ejercicio de una cláusula excepcional,

de la imposición o nó de una multa, de la aplicación de una garantía o de la declaración administrativa del incumplimiento del contrato.

Es por ello que sobre las pretensiones de la acción contractual y de la acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho solo puede pronunciarse el juez administrativo del contrato, y no el funcionario del control fiscal, que en ocasiones lo más fácil en que fundamentan sus decisiones para estructurar un daño patrimonial, es en la indebida planeación del contrato, y de allí derivan y fundaba todos los daños patrimoniales que consideren existen, de tal manera que gestiones fiscales con entidad propia como la contratación sin la estructura técnica de los contratos como la ausencia o insuficiencia de diseños, lo fundan en indebida planeación del contrato, que realmente tiene u alcance descrito en la ley y la jurisprudencia.

En todo caso, los fallo de responsabilidad fiscal sólo deben concentrarse en la definición de los siguientes elementos: Primero establecer si la actuación objeto del control fiscal, constituye una gestión fiscal, en segundo lugar hay que establecer si quien la ejecutó pro acción u omisión es un gestor fiscal, y luego si el daño se acusó sobre bienes o recursos públicos indistintamente de que estén a cargo de entes públicos o administrados por particulares. Los elementos de la responsabilidad deben estar probados por los medios probatorios establecidos en los estatutos procesales, tales como el daño sobre bienes o recurso públicos, la imputación al gestor fiscal autor por acción u omisión de la indebida gestión fiscal, y desde luego el fundamento que consiste en la existencia jurídica del deber de reparar.

Cuando el funcionario del control fiscal, soslaya sus deberes y se inmiscuye en el escenario del juez administrativo del contrato, se extralimitó en el mismo, y desde luego el acto

administrativo que expide el fallo de responsabilidad fiscal será nulo, sin el órgano de control fiscal dejó de lado su competencia jurídico técnica de estructuración de la responsabilidad fiscal, para pronunciarse y decidir asuntos que sólo le corresponden al juez administrativo del contrato. Es por ello que el funcionario del control fiscal debe tener en cuenta los linderos de su competencia, y tener en cuenta que su decisión es un acto administrativo sobre el cual recae el control de legalidad de los actos de la administración en donde el juez administrativo le revisa que el acto esté sometido a la ley, que se haya expedido con competencia del funcionario, con sujeción al debido proceso, derecho de defensa y de audiencia, con la debida motivación, y que se haya expedido sin desviación o abuso de poder, lo que indica que el juez puede examinar integralmente el acto, hasta la valoración probatoria de las decisiones, pues debe tenerse en cuenta que la naturaleza del control fiscal y de responsabilidad fiscal es por definición constitucional de naturaleza técnica, lo que significa que bajo ninguna circunstancia el funcionario del control fiscal debe invadir las competencias, poderes y facultades del juez del contrato.

#### **8.4 Hallazgos penales.**

Los hallazgos penales en relación a los contratos estatales, durante la ejecución del mismo, son los siguientes:

- El delito de celebración de contratos con violación al régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades durante la ejecución del contrato ocurre cuando se celebra adición, contrato adicional o acta de mayores cantidades de obra.
  
- El delito de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, durante la ejecución del contrato, consiste en suscribir cesión del contrato estatal, adición, contrato



adicional sin los requisitos presupuestales, técnicos, ambientales, jurídicos, urbanísticos, licencias y permisos previos según la tipología, objeto y obligaciones del contrato estatal.

-El delito de interés indebido en la celebración de contratos estatales, se presenta cuando durante todos los actos de ejecución contractual, se incurre en cualquier acto de favorecimiento, ayuda ilegal en con vulneración a los principios constitucionales de la funciona administrativa de igualdad, moralidad, economía, transparencia, que le dé ventajas sobre los demás oferentes, contratistas, o para que se beneficien con mayores reconocimientos económicos, obteniendo mayores utilidades e ingresos del contrato.

Existen los concursos homogéneos y heterogéneos con delitos contra la administración publica, y es el concurso de un delito de celebración indebida de contratos, en concurso homogéneo que consiste en incurrir en el mismo delito varias veces, estos, varios delitos de peculado, varios prevaricamos, varios delitos de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales, varios delitos de interés indebido en la celebración de contratos.

El concurso heterogéneo consiste en la comisión de un delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos esenciales, con interés indebido en la celebración de contratos estatales y los delitos de reculado, prevaricato por acción, prevaricato por omisión, falsedad en documento público, falsedad en documento privado, fraude procesal eco.

### **CAPITULO TERCERO**

#### **EL EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL EN LA FASE POSTCONTRACTUAL Y/O DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL.**

Una vez culminado el plazo de ejecución del contrato, empieza dentro la gestión contractual la etapa destinada a verificar el cumplimiento de todas las obligaciones nacidas del contrato, *“con el fin de definir si existen prestaciones a cargo de las partes, concretar las cuentas pendientes, establecer el estado de las obligaciones derivadas del contrato y si es del caso, se pueden hacer alusión en el acta que se suscriba para ello, de aquellos hechos relevantes para la relación contractual y que se consideren procedentes para efectos de dejar constancia como bien lo permite el inciso final del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, al señalar: los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo”*.

El control fiscal durante esta fase y luego de que se encuentre liquidado el contrato, se hace de manera integral sobre las tres fases del mismo, es decir, en esta última etapa los entes de control fiscal miran en su integridad la gestión contractual de la entidad auditada. Las fases anteriores que analizamos del contrato, o sea, la fase precontractual y contractual, el control fiscal que se explicamos no se hacía por que no era posible en relación a todo el contrato, de tal manera que esta etapa se constituye en la oportunidad de realizar un control fiscal integral a la contratación estatal.

Es esta la etapa de mayor relevancia para ejercer el control fiscal, por que en ella se puede determinar de manera precisa los resultados de los contratos del estado, si efectivamente se ha cumplido con los principio de la administración pública y de la contratación. La liquidación de los contratos, permite establecer el estado de las prestaciones de las partes dentro del contrato, si efectivamente el contratista cumplió no sólo con obligaciones derivadas del objeto del contrato, sino todas aquellas que se consideran accesorias pero indispensables para su objeto.

Durante esta fase en consecuencia, se establece sí el objeto contratado alcanzó los fines

previstos para satisfacer las necesidades de la administración; se comprueba si la terminación y liquidación del contrato se realizó dentro de los términos pactados, de tal manera que se comprueba que el contratista ejecutó el objeto del contrato conforme a los términos pactados cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato.

En esta fase, los responsables de la gestión contractual deben velar por que se haya cumplido el objeto del contrato y que la liquidación se realice dentro de los términos indicados en la Ley 80 de 1993 o disposiciones reglamentarias; porque el objeto contratado debe satisfacer las necesidades previstas para la administración. Las partes contratantes en la fase de liquidación del proceso contractual deben realizar los acuerdos, conciliaciones y transacciones de tal manera que garanticen la igualdad y la equivalencia entre derechos y obligaciones contractuales.

#### **1. El control fiscal, principio de legalidad y garantías post-contractuales.**

El principio de legalidad de la fase de liquidación del contrato empieza cuando el plazo del contrato a termino y estará sujeto a lo previsto en la Ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007; es decir, una vez se hayan terminado los contratos, bien sea por el vencimiento del plazo, o por cualquier otro mecanismo jurídico que tenga como consecuencia su terminación, se procederá a liquidarlo conforme las modalidades previstas en el artículo 11 de la ley 1150 de 2007 así:

Mediante el mecanismo del mutuo acuerdo, dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no haber pactado término alguno, la liquidación convencional se hará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la firmeza

del acto administrativo que ordene su terminación.

Es necesario indicar que el término pactado por las partes para liquidar el contrato o el señalado por la ley no deben considerarse como preclusivos; por tanto, debe entenderse que la liquidación de mutuo acuerdo puede realizarse en cualquier tiempo dentro de los treinta meses”, situación que deben tener en cuenta los órganos de control fiscal a la hora de establecer el término para liquidar el contrato.

Mediante la liquidación unilateral, en aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación convencional o de mutuo acuerdo, previa notificación o convocatoria que le haga la entidad en aras de garantizar el debido proceso, o que habiéndose presentado a la liquidación por mutuo acuerdo, las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos meses subsiguientes del vencimiento de los primeros cuatro meses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A. modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

De igual manera, que la liquidación unilateral podrá hacerse en cualquier tiempo luego de vencido el término de los primeros cuatro meses, de manera que para proceder a liquidar unilateralmente contamos con 26 meses.

Por consiguiente, la liquidación podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término anterior de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C.C.A.

Así lo ha dejado ver el Consejo de estado cuando estable que: “desde antes de la entrada en

vigencia de la ley 446 de 1998 la cual recogió en su texto la jurisprudencia del Consejo de Estado, que para el inicio del conteo del término para el ejercicio de la acción contractual en materia de terminación del contrato debe distinguirse entre los negocios jurídicos que requieren de liquidación, de otros que no la requieren. Señaló que: respecto a los contratos que no requieren liquidación el término máximo para demandar, se cuenta a partir del día siguiente a la terminación del contrato, por cualquiera de las causas legales. Frente a los contratos que requieren de la liquidación, el término para el ejercicio de la acción de contractuales se cuenta, según su caso, a partir: Del día siguiente a la fecha en que se liquide el contrato. Esta liquidación puede ser bilateral o unilateral. La bilateral podrá hacerse dentro del plazo previsto para tal efecto en el contrato, y en su defecto dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación. La unilateral se realizará cuando el acuerdo de liquidación se frustre y/o dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo que tienen las partes para liquidarlo; pero en todo caso si la Administración no liquida el contrato dentro de ese término habrá que tener en cuenta dos aspectos: Si el contratista no acude al juez a solicitar la liquidación judicial, la Administración podrá liquidar hasta el día anterior a que transcurran, según el caso, veinte años – para conductas ocurridas antes de entrar a regir el decreto ley 01 de 1984 – y dos años – para conductas ocurridas después de entrar a regir el decreto ley 01 de 1984 - contados a partir del incumplimiento de la obligación de liquidar; y - Si el contratista acude al juez, la Administración podrá liquidar unilateralmente hasta el día anterior al que le sea notificado el auto admisorio de la demanda, siempre y cuando no hayan transcurrido antes de la notificación, según el caso – antes o después de la entrada en vigencia del decreto Ley 01 de 1984 -, los veinte o los dos años, contados a partir del incumplimiento administrativo de la obligación de liquidar unilateralmente. La jurisprudencia precisó, antes de entrar a regir la ley 446 de 1998, que el término máximo para que la Administración liquide unilateralmente, cuando el contratista no solicitó la liquidación judicial, no podía exceder, como ya se explicó, el término de

prescripción o de caducidad de la acción, según el caso. En este caso, el término de caducidad se cuenta a partir del día 6 de agosto de 1991, día siguiente a la realización de la liquidación bilateral. En este caso se da una situación especial para ese cálculo, debido a que el término de caducidad se vio suspendido a consecuencia de haberse intentado la conciliación prejudicial. La ley establece que cuando se acude a trámite conciliatorio el término para accionar se suspende mientras se agota dicho trámite, hasta por sesenta días. Sucede por tanto que el término para el ejercicio de la acción, en el caso concreto, estuvo suspendido por el término que duró el trámite conciliatorio, que en todo caso no debe exceder el máximo legal de sesenta días. Se precisa además que el término que duró el trámite conciliatorio se cuenta a partir de la fecha en que se presentó la solicitud de conciliación prejudicial. Y si bien en este caso no es posible determinar esa fecha, puesto que no obra en el proceso prueba indicativa de tal hecho, de todas formas se puede inferir la demanda fue presentada a tiempo (arts. 162 C.P.A.C.A. y 61 ley 23 de 1991)”.

Liquidación judicial. Por su parte el artículo 162, numeral 1o, literal j) de C.P.A.C.A. modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, establece que *“el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar”*. Los 24 meses previstos en esta norma para realizar la liquidación judicial no son excluyentes para esta forma de liquidación, pues en dicho término podrá hacerse también de mutuo acuerdo, o de manera unilateral como antes se indico.

Con base en lo anteriormente indicado, las partes cuentan con un total de 30 meses para proceder a liquidar los contratos estatales, que se computan a partir de su terminación, cualquiera sea su modalidad y una vez vencido el término de 30 meses las partes perderán

competencia para liquidarlo, sin perjuicios de la responsabilidad en que incurran los funcionarios de la administración por la omisión de este hecho y que en determinados eventos pueden general detrimento al patrimonio público. Igualmente lesionará el patrimonio público y se podrá declarar la presunta responsabilidad fiscal, si vencido el término para liquidar, es decir los 30 meses, la administración liquida el contrato reconociéndole prestaciones a favor de contratistas, sin perjuicio de la posible responsabilidad penal por el presunto delito de peculado a favor de terceros.

Sobre la caducidad del término para la liquidación del contrato, el Consejo de Estado ha advertido, que *“la expedición del término de caducidad o la notificación del auto admisorio de la demanda del contratista que persigue la liquidación del contrato, hace perder competencia a la administración para estos efectos y, por lo tanto, sólo mientras esté en curso el término de caducidad es viable a proceder a la liquidación del contrato. De lo expuesto se concluye que vencido el término de caducidad de la acción contractual, o notificado el auto admisorio de la demanda en la forma dicha, deviene la incompetencia de la entidad estatal contratante para liquidar el contrato unilateralmente y, para el contratista, la imposibilidad de obtenerla en sede judicial o de común acuerdo”*.

En cuanto a las garantías, debemos tener en cuenta lo establecido en el inciso final de la ley 80 de 1993, el cual establece que *“para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato”*. Con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que deben cumplirse por fuera del plazo del contrato y de los compromisos que queden consignados en las actas de liquidación a modo de glosas.

## 2. El control fiscal a la gestión post-contractual.

La gestión durante la liquidación del contrato, implica que la entidad contratante debe realizar todo lo posible para alcanzar finiquitar las cuentas del contrato, pero no debe olvidar la posibilidad de incluir glosas en las actas de liquidación que los entes de control fiscal en uso de sus competencias, podrá exigir el seguimiento eficaz de los compromisos que se pacten ellas, pues las glosas sólo constituyen una liquidación parcial del contrato. En ese orden de ideas, *“sobre las constancias u objeciones que se dejen en el acta de liquidación del contrato, es importante señalar, que estas deben ser claras y concretas, de otra manera, su inclusión resulta ineficaz”*.

Sobre lo dicho, el Consejo de Estado, precisó *“... es claro que en cuerpo del acta de liquidación existe aceptación expresa y total por parte del contratista de lo acordado; esta circunstancia le impide cualquier reclamación posterior como lo ha reiterado varias oportunidades la Sala, si quedó inconforme, por ejemplo, porque no se le reconoció todo lo que a su juicio de le debía debió expresarlo así de modo concreto, estableciendo, sino las cantidades, si los hechos de los cuales deriva su descontento. Pero hacer luego de aceptar el contenido del acta una afirmación tan genérica y abstracta como “el contratista se reserva el derecho de reclamación” es a todas luces, insuficiente y por lo mismo ineficaz para dejar abierta la posibilidad a la controversia judicial. Da lo mismo, en este caso, haber guardado silencio respecto de la liquidación como (sic) hacer la anterior afirmación, pues la indefinición que tal expresión envuelve la torna inocua”*.

Lo anterior reviste especial importancia, considerando que por la inclusión de glosas en el acta de liquidación, la entidad contratante conserva la facultad de liquidar unilateralmente el contrato y, *“en este evento la liquidación unilateral sólo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo”* o bien, puede acudirse a la jurisdicción contenciosa a fin de que se proceda con la liquidación total del contrato; sí, sólo si, el término para acudir ante la



jurisdicción no ha caducado. Esta situación de las glosas también es objeto del control fiscal y debe revertir especial cuidado en las entidades estatales, pues podría colocarse en riesgo el patrimonio del estado en incurrir en posibles faltas disciplinarias por la omisión de liquidar los contratos.

El control de gestión, entonces incluye, el deber de verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes dentro de postplazos estipulados, evitar el vencimiento del término máximo con que cuenta la administración para liquidar totalmente el contrato. El incumplimiento de este término, por tanto acarrea la responsabilidad del servidor público disciplinaria, civil y penalmente por incurrir en omisión de sus deberes

### **3. El control fiscal a la gestión de resultados en la gestión post-contractual.**

La gestión de resultados en esta fase incluye, la verificación del cumplimiento del objeto del contrato y no sólo eso, incluye la verificación de la satisfacción de la necesidad que la administración quiso suplir con la suscripción del contrato; es decir si la comunidad le proporcionaron los servicios que se quisieron proveer.

El control a la gestión de resultados, también implica que el contrato se liquide totalmente tal como se dejó explicado anteriormente.

### **4.El control fiscal de legalidad a la liquidación del contrato.**

La liquidación de los contratos, lleva implícita el deber de revisión de los pagos efectuados en el contrato, si estos efectivamente se realizaron conforme lo pactado. Este aspecto de la

revisión de cuentas hicimos referencia en el capítulo anterior, pero en cuanto a la liquidación de los contratos es propio entrar a revisar lo siguiente:

- Evidenciar si en algún momento, se liquidó el contrato reconociendo más prestaciones de las que efectivamente ejecutó el contratista o hacerlo sin dejar las glosas económicas respectivas.

- Cuando se revisan los precios sin se hay pactado tal circunstancia en el contrato. Si se hacer en el acta de liquidación, reconocimiento del equilibrio económico, este deberá revisarse por el ente de control fiscal, es decir si el contenido del acta de liquidación en este aspecto en particular se ajusta a la realidad de la ejecución del contrato que de para tal reconocimiento.

- Se debe igualmente advertir si se ha liquidado el contrato y la entidad no incluyo en el acta los valores a favor por el no pago de las multas impuestas y sin cancelar o no realizar gestión alguno que conduzca a ese fin.

- Del mismo modo mediante el sistema de revisión de cuentas, se verifica si se ha reconocido valores moratorios a costa de la entidad por el no pago oportuno de las prestaciones a favor del contratista.

## **5. El control fiscal económico y financiero a la liquidación del contrato.**

Las contralorías tienen la facultad constitucional y legal de hacerle control fiscal al acta de liquidación del contrato estatal de mutuo acuerdo celebrado entre las partes, al contenido del acto administrativo de liquidación unilateral del contrato expedido por la entidad, y a la conciliación prejudicial realizada entre las partes del contrato ante el Ministerio Público

con la posterior aprobación del juez administrativo.

Pero las contralorías no tienen facultad para realizarle control fiscal a la liquidación judicial del contrato, toda vez que quien lo hace es el juez administrativo a través de una sentencia judicial, y se trata entonces de un conflicto sometido a conocimiento de un juez que no realiza gestión fiscal cuando toma decisión judicial fallando un asunto.

Pero el control fiscal económico y financiero que hacen las contralorías a la liquidación unilateral o bilateral del contrato estatal, consiste en la verificación del contenido económico del acto, esto es, verificar si se ajusta al contrato y a los presupuestos de hecho, de derecho y de la realidad y estipulaciones contractuales los reconocimientos económicos, los reconocimientos de los desequilibrios contractuales, los reconocimientos de las mayores cantidades de obra, mayores costos, mayores permanencias, el reconocimientos de intereses corrientes y moratorios, la entrega y recibo a satisfacción de las obras, bienes y servicios; la exigencia de las garantías de calidad, mantenimiento y estabilidad de las obras, bienes y servicios contratados; y la existencia de las disponibilidades presupuestales para los correspondientes reconocimientos y pagos.

## **6. El control fiscal de revisión de cuentas en la fase post -contractual.**

El control fiscal a la revisión y examen de las cuentas naturaleza postcontractual, consiste en la verificación de todas las operaciones y soportes contables luego de haber ocurrido la terminación del contrato, incluyendo la liquidación del mismo. Esto implica que una vez terminado el contrato y liquidado el mismo, las contralorías procedan a revisar todas las

operaciones y soportes presupuestales, contables y de pago del contrato, según la cláusula de pago del mismo, con la finalidad de que las partes se hayan sometido al cumplimiento de las disposiciones legales y contractuales de orden presupuestal, de pago, contables, y lo más importante, que todas las cuentas del contrato correspondan al estado real de ejecución del mismo, y de las obras, bienes y servicios recibidos.

#### **7. El control fiscal de valoración de costos ambientales durante la liquidación del contrato.**

El cumplimiento de las metas medioambientales es el principal objetivo del control fiscal posterior en la ejecución de los contratos que impliquen un impacto en el medio ambiente. Es importante, resaltar aquí, lo dicho anteriormente en cuanto a la protección del medio ambiente, en cuanto su prevención genera mayor proporción del costo-beneficio del control fiscal ambiental, toda vez que la recuperación del medio ambiente no es algo que se surta cuestión de días o de pocos años. Pero lo cierto, es que lo importante durante esta fase es verificar que se hayan cumplido con los planes mitigación a los impactos que haya sufrido el patrimonio ambiental del Estado.

Así mismo, los funcionarios de la entidad contratante serán responsables en caso tal que liquiden los contratos de manera total con su contratista, cuando en realidad no se ha cumplido con las normas ambientales y las condiciones de los permisos otorgados para el aprovechamiento o intervención de los recursos naturales. Esta situación, evidentemente genera responsabilidad no sólo a los funcionarios sino a los contratistas particulares por su posición de garantes del medio ambiente.

#### **8. Tipología de hallazgos del proceso auditor durante la fase postcontractual**

## **o de liquidación del contrato.**

Las contralorías en desarrollo de sus competencias constitucionales y legales, tienen la facultad de realizar el proceso auditor igualmente a la tercera fase del contrato, conocida como fase postcontractual o de liquidación de los contratos estatales. Veamos, que una vez culminado el contrato estatal, de manera ordinaria, esto es por vencimiento del plazo, por cumplimiento o entrega del objeto pactado, terminación anticipada del contrato de mutuo acuerdo; o por terminación extraordinaria, ya sea por terminación unilateral, resolución judicial o declaración de la caducidad del mismo, se observa que la ley dispone los distintos mecanismos de liquidación del contrato, ya sea liquidación de mutuo acuerdo, unilateral o judicial.

El proceso auditor del contrato estatal es de carácter incremental, esto es, que en la fase en que la contraloría decida auditorio, está facultada para auditar todas las fases. Si el contrato se liquida a través de cualquiera de los mecanismos previstos, las contraloría pueden auditar la fase precontractual, la fase de ejecución del mismo, y la liquidación del contrato estatal.

Pero una vez liquidado el contrato, ya sea bilateral o de mutuo acuerdo, unilateral o judicialmente, las contralorías tienen la facultad de auditar la etapa posterior a la liquidación del mismo, y es lo que se conoce como fase postcontractual, en donde si bien ha finalizado el plazo del contrato, aún después de la liquidación quedan obligaciones pendientes, tales como la garantía de estabilidad de las obras, la garantía de calidad de los bienes y servicios objeto del contrato, el mantenimiento de los bienes y servicios objeto del contrato, el suministro de materiales, insumos luego de liquidado el contrato, como ocurre en los contratos de compraventa o suministro de equipos de alta tecnología.

De allí, que el proceso auditor puede comprender con criterio técnico de selectividad y de muestra representativa, la etapa del contrato a auditar, es decir, puede ser una de ellas, dos o todas las fases del contrato.

### **8.1 Hallazgos disciplinarios.**

Una vez terminado el contrato, ya sea por vencimiento del plazo habiendo cumplido con el objeto del mismo, o sin que se haya cumplido parcial o totalmente con éste, o por terminación anticipada de mutuo acuerdo, por terminación unilateral o por declaración del juez administrativo; a la administración le corresponde proceder a la liquidación del contrato estatal.

La liquidación del contrato estatal le permite a las partes, establecer el estado del mismo al momento de su terminación. Una vez vencido el plazo del contrato las partes deben disponer lo necesario para el recibo y entrega de los bienes, servicios y obras objeto del contrato, y proceder a preparar la liquidación del contrato ya sea de mutuo acuerdo o bilateral, unilateral mediante acto administrativo ejecutoriado y judicial mediante sentencia del juez del contrato.

De allí que, los hallazgos disciplinarios durante a fase de liquidación del contrato o postcontractual se individualizan de la siguiente manera:

-Liquidar el contrato de mutuo acuerdo sin justificación alguna, después de vencido el término establecido en el pliego de condiciones y dentro del contrato, o en su defecto dentro de los cuatro meses previstos en la Ley 1150 de 2007, sin perjuicio de que lo pueda liquidar de mutuos acuerdo dentro de los veintiséis meses restantes, siempre que exista justificación para ello, tal como por ejemplo la obtención de los paz y salvos por parte de

las empresas de servicios públicos domiciliarios en caso de que el objeto del contrato implique intervención de redes de servicios públicos.

- No liquidar el contrato de manera unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo contractual, o en su defecto de los cuatro meses previstos para la liquidación bilateral existiendo los requisitos para ello, o no ser que exista justa causa para liquidar el contrato dentro de los dos años siguientes al vencimiento de los primeros seis.

- No liquidar el contrato estatal, de mutuo acuerdo, unilateral, o demandar la liquidación judicial del contrato ante el juez de la administración dentro de los 30 meses siguientes a la terminación del mismo.

- Liquidar el contrato de mutuo acuerdo o de manera unilateral con detrimento al patrimonio público, haciendo reconocimientos y compensaciones económicas sin justificación contractual y legal alguna.

- Restablecer el equilibrio económico del contrato de manera bilateral o unilateral en favor de la administración o del contratista sin justificación contractual legal alguna.

- No exigir con la liquidación del contrato los paz y salvos de las empresas de los servicios públicos domiciliarios en los casos de los contratos de construcción y/o mantenimiento y rehabilitación de obra pública que impliquen intervención de obras públicas.

- No exigir al contratista las garantías para amparar el suministro de los bienes y servicios que el contratista deberá entregar a la administración contratante.

-No exigir la entidad pública al interventor que a su vez le exija al contratista la entrega en calidad y cantidad a satisfacción de los bienes y servicios y obra objeto del presente contrato.

-Liquidar el contrato de mutuo acuerdo o de manera unilateral sin la disponibilidad presupuestal correspondiente para pagar los recursos al contratista que se le reconozcan en la mencionada liquidación.

Como los jueces no son sujeto de control fiscal en el cumplimiento del ejercicio del poder jurisdiccional, no son gestores fiscales, y la sentencia judicial no constituye gestión fiscal, como si lo es los actos administrativos contractuales, las contralorías no pueden ejercer control fiscal sobre las sentencias de los jueces. Lo que si puede ocurrir, es que las contralorías puede tomar las decoraciones de los jueces contra la administración y si de esos hechos se deriva una gestión fiscal indebida, las contralorías en virtud de ella puede iniciar un proceso de responsabilidad fiscal, así como también puede constituir hallazgo fiscal los mayores costos en que incurra la administración por el no pago oportuno de la condena al Estado existiendo las disponibilidades presupuestales.

## **8.2 Hallazgos administrativos.**

Existen hallazgos administrativos en la fase de liquidación y postcontractual, cuando la administración una vez se de por terminado los contratos estatales no aplica procedimientos administrativos para la debida diligencia de la liquidación del contrato, ya de manera bilateral, unilateral o judicial. Así mimos, cuando no aplica procedimientos adecuados para hacer efectiva las garantías de estabilidad de las obras y de la calidad de los bienes y servicios suministrados etc.



### **8.3 Hallazgos fiscales.**

Los hallazgos fiscales en la fase postcontractual o de terminación del contrato estatal están determinados por todas aquellas actuaciones que induce a la administración a reconocer mayor suma de dinero a los contratistas sin justificación alguna, tales como reconocimientos económicos, restablecimiento de la ecuación contractual, compensaciones, mayores cantidades de obra. Así mismo realizar revisiones, ajustes de precios, actualizaciones sin fundamento legal o contractual alguno, y dar por recibido a satisfacción bienes y servicios, obras sin que se cumplan con la calidad, cantidad y oportunidad en la entrega y en el mantenimiento de las mismas.

### **8.4 Hallazgos penales.**

Los hallazgos penales, consisten en la identificación de los delitos en que puedan incurrir durante la liquidación del contrato y los actos posteriores al mismo. Veamos.

- Se incurre en peculado por apropiación, cuando los servidores públicos a quien se le ha confiado la administración y custodia de los bienes y servicios que hacen parte del objeto del contrato, y luego de la liquidación del contrato en vez de revertir los bienes y servicios al Estado se revierten para el dominio privado y propio del funcionario.
- Cuando los bienes y servicios contratados, no se entregan a los haberes de la Entidad pública, sino al dominio del servidor público. Aquí igualmente se incurre en peculado por apropiación.

-Cuando la entidad pública mediante liquidación de mutuo acuerdo o unilateral, reconoce prestación económica a favor del contratista sin justificación contractual o legal alguna. En este caso existe peculado en favor de terceros.

-Cuando la administración contratante reconoce a favor del contratista suma mayor a la que legal y contractualmente corresponde. En este caso existe peculado en favor de terceros.

-Existe fraude procesal, cuando tanto el particular como el servidor público expide documento que induzca a la administración a tomar una decisión con la apariencia de legalidad, fundada en prueba o soporte obtenida o reconstituida de manera ilegal.

- Existe falsedad documental cuando el servidor público o el particular produce, elabora documento con contenido contrario a ley, o cuando oculta o derruye un documento contractual auténtico que permita tomar decisiones en uno u otro sentido en materia de contratación.

- Existe prevaricato por omisión, cuando la administración se abstiene sin justificación alguna de liquidar de manera unilateral o de mutuo acuerdo o judicial el contrato estatal dentro del término de los treinta meses previstos en la Ley 1150 de 2007.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **CONTROL FISCA, INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES EN ASUNTOS CONTRACTUALES ESTATALES.**

Como bien se ha anotado anteriormente, el artículo 6o de la ley 80 de 1993, dispone que pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas naturales y jurídicas (tanto nacionales como extranjeras) consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes, permitiéndoles que además de los consorcios y uniones temporales puedan celebrar este tipo de negocios con el Estado; de esta manera, en materia de contratación estatal se aplican los mismos principios que regulan la capacidad de las personas. No obstante, el EGC estableció la posibilidad de que personas jurídicas de derecho público puedan celebrar contratos estatales con cargo a recursos públicos en virtud de la competencia asignada a estas entidades por la Ley Orgánica de Presupuesto de conformidad con el artículo 252 de la Constitución Política.

Por lo anterior, además de lo establecido en el derecho privado el único límite a la libertad de contratación con el Estado, está dada por circunstancias que puedan disminuir o terminar la capacidad de contratación, las cuales se encuentran contenidas en la ley civil o comercial u otros estatutos, y en las denominadas causales de inhabilidad o de incompatibilidad.

De esta manera como ha señalado la Corte Constitucional las inhabilidades e incompatibilidades constituyen *“una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales”* que obedecen a *“la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.”*

#### **1. Inhabilidad para participar en procesos de selección, celebrar y ejecutar contratos estatales con las administraciones públicas.**

Las inhabilidades son limitaciones a la capacidad de las personas en atención a circunstancias que han sido expresadas en la constitución o en la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada para un cargo público; o celebrar contratos con el Estado, en atención a los principios que rigen la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política colombiana.

## **2. Incompatibilidad para participar en procesos de selección, celebrar y ejecutar contratos estatales con las administraciones públicas.**

Por su parte las incompatibilidades constituyen prohibiciones contenidas en la ley como obstáculos para el ejercicio simultáneo de dos actividades, por poner en riesgo los principios que rigen la función administrativa.

En todo caso hay que tener en cuenta que por tratarse de limitaciones al derecho a la libertad de contratar, tanto las inhabilidades como las incompatibilidades deben estar expresamente señaladas en la constitución, la ley o en el estatuto general de contratación administrativa.

Razón por la cual pasamos a estudiar las causas señaladas en la normatividad colombiana relacionadas con las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, partiendo de las generales que se encuentran enunciadas en la constitución y la ley, para luego estudiar las especiales que contiene el estatuto general de la contratación administrativa haciendo un estudio de las excepciones que contiene; así como sus efectos en materia penal, disciplinaria y administrativa dentro de la ejecución del contrato y el papel que debe asumir la administración una vez identifica alguna.

### **3. Causales constitucionales y legales de inhabilidades e incompatibilidades para participar en procesos de selección, suscribir y ejecutar contratos estatales con las administraciones públicas.**

Dado que en nuestro país no existe una sola norma que se ocupe de manera exclusiva del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, ya que este ha sido distribuido en todo el ordenamiento jurídico, en varias normas que regulan diferentes materias, el artículo 8 de la ley 80 de 1993 ha dado vigencia a la totalidad de inhabilidades señaladas en la ley, al disponer que están inhabilitadas para participar en licitaciones y concursos y para celebrar contratos: a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

### **4. Inhabilidad por haber sido condenado por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado y/o haber dado lugar, como servidor público a que el Estado haya sido condenado a una reparación patrimonial**

El artículo 122 de la Constitución política dispone que no podrán *“celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado haya sido condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”*

Esta inhabilidad para contratar de orden constitucional, debe surgir para el inhabilitado con ocasión de la lesión del patrimonio público, producida por su conducta dolosa como servidor público, y que lo lleva a ser responsable penalmente de delitos tales como el peculado por apropiación, el peculado por aplicación oficial diferente y el peculado culposo contenidos en los artículos 397 al 400 del Código Penal (Ley 599 del 2000) y cuyo

bien jurídico tutelado precisamente es el patrimonio público. Esta inhabilidad ocasionada por la comisión de delitos contra el patrimonio público como ha señalado la Corte Constitucional impide que *“en lo sucesivo la persona que por ese motivo fue condenada penalmente asuma de nuevo el manejo de la cosa pública”* la cual se justifica en el hecho de que a quien pretenda o deba manejar bienes o fondos públicos ya sea como servidor público o como colaborador del Estado se le deba exigir el cumplimiento de ciertos requisitos en razón a los intereses que les corresponde gestionar en beneficio del interés común.

Situación que de igual manera surge para quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

#### **5. Incompatibilidad de los servidores públicos de celebrar contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.**

El artículo 127 de la Constitución dispone que los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales; esta incompatibilidad general de los servidores públicos se encuentra reproducida y desarrollada en la ley 80 de 1993, razón por la cual en su oportunidad analizaremos esta inhabilidad al analizar las inhabilidades especiales contenidas en el estatuto general de contratación.

#### **6. Inhabilidad por haber sido declarado responsable fiscal mediante acto administrativo ejecutoriado expedido por las contralorías.**

Esta causal de inhabilidad contenida en el numeral 4 del artículo 38 de la ley 734 de 2002 señala que *“quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente.”* La cual cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Limitación que como señalan los doctores David Roa Salguero y Héctor Enrique Ferrer Leal, es aplicable siempre que exista una sanción en firme declarando la responsabilidad fiscal del sujeto, razón por la cual las entidades no pueden impedir la intervención o participación en los procesos contractuales a las personas que son investigadas dentro de un proceso de responsabilidad fiscal aun si sobre su patrimonio han sido decretadas medidas cautelares.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, de acuerdo a lo señalado en el inciso segundo de la norma ibídem, quien haya sido declarado responsable fiscalmente y no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## **7. Incompatibilidad para quienes desempeñan cargos de elección popular de**

**intervenir en actuaciones precontractuales, contractuales y postcontractuales.**

Señala el artículo 39 de la ley 739 de 2002, que además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos; para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período, el intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismo.

Esta misma incompatibilidad ha sido reproducida en las leyes 136 de 1994 *"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"* y 617 de 2000 *"Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la ley orgánica de presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional"*, modificadas por la ley 1148 de 2007.

#### **8. Inhabilidades e incompatibilidades especiales en materia de contratación estatal conforme a la Ley 1474 de 2011.**

El artículo 8 de la ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación Administrativa en su ordinal 1º contiene el listado de las inhabilidades especiales aplicables a las relaciones contractuales del Estado con los particulares, las cuales pasamos a estudiar a continuación:

*-Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes, de conformidad con lo estudiado en precedencia.*



*-Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.* Esta inhabilidad se presenta por el hecho de presentar propuesta o celebrar contratos encontrándose inhabilitado, la cual impide la participación en procesos de selección o la suscripción de contratos con el Estado por cinco (5) años contados a partir de la participación en el proceso o de la suscripción del contrato; término que comienza a contarse a partir de la declaración administrativa por parte de la entidad estatal que recibió la oferta o que suscribió el contrato.

Sin embargo dado que con esta declaración se limita una libertad para el proponente que ha presentado su oferta o para el contratista que ha suscrito el contrato, debe la entidad declarar la existencia de la inhabilidad al momento de rechazar la oferta o terminar el contrato; dependiendo de la etapa en la cual observe su existencia.

*-Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.* Esta inhabilidad afecta a los contratistas que hayan dado lugar a la declaración de caducidad con sus acciones u omisiones contractuales, la cual tiene una duración de cinco (5) años que comienzan a contarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declara la caducidad, el cual además para el caso de las uniones temporales deberá indicar la persona o personas que han dado lugar a su declaratoria.

*-Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.* Al analizar la constitucionalidad de esta causal de inhabilidad la Corte Constitucional con relación a su fuente como pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, ha indicado que esta no constituye una nueva pena, señalando que no

puede considerarse que la inhabilidad establecida en la ley de contratación implique la existencia de un juzgamiento y de una doble sanción por un mismo hecho. Denotando que cuando en un contratista concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad, simplemente se le priva o se le prohíbe el acceso a la contratación, pero no se le juzga penalmente por un hecho ilícito, ni mucho menos se lo sanciona.

Indica la Corte Constitucional que la inhabilidad se juzga no sólo necesaria, sino conducente y proporcionada a la finalidad que la misma persigue, cual es de que no accedan a la contratación, en forma temporal, como colaboradores en la consecución de los fines propios del contrato, quienes hayan cometido delitos que conlleven la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, porque de alguna manera la celebración y ejecución de contratos comporta el desarrollo de actividades conexas al ejercicio de dichas funciones.

Por otra parte, con relación a esta inhabilidad cuando es impuesta a quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución, la mencionada Corte a través de la sentencia C-178/96, señaló que como quiera que esta inhabilidad se configura a partir de la destitución, debe incidir directamente en la capacidad de los sujetos privados para contratar, razón por la cual su incorporación como causal de inhabilidad no vulnera el principio de la unidad de materia cuando el legislador alude en alguna forma al tema disciplinario para construir las causales de inhabilidad o de incompatibilidad en que pueden estar incursos los contratistas del Estado.

Finalmente es de señalar que para esta inhabilidad ya sea que esta se configure en uno y otro caso de los estudiados, su vigencia será de cinco (5) años, término respecto del cual la Corte Constitucional ha señalado que el legislador no sólo puede establecer esos términos como

complemento de la regulación de las medidas que constituyen inhabilidades, sino que es su deber hacerlo a fin de impedir la vigencia de inhabilidades intemporales, con lo cual se impediría el retorno al pleno ejercicio de la capacidad del contratista y se consagraría de paso una especie de muerte civil, que adicionalmente atentaría contra el derecho al trabajo.

*-Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.* Esta inhabilidad se impone al proponente como consecuencia de su abstención sin justa causa de firmar el contrato del cual ha sido adjudicatario, como lo señala el doctor Jorge Pino Ricci *“El análisis de la conducta del adjudicatario se impone para efectos de la inhabilidad”*, razón por la cual para su declaratoria, esta debe estar precedida de un proceso administrativo en el cual se garantice el derecho de defensa y el debido proceso, con el fin de establecer si la abstención del adjudicatario tiene o no justificación razonable; de acuerdo a lo señalado en el artículo 17 de la ley 1150 de 2007.

Razón por la cual de demostrarse que el incumplimiento de esta obligación se produjo sin una razón que justifique al proponente, deberá la entidad declarar su acaecimiento y hacer efectiva la garantía de seriedad de la oferta en el amparo que cubre este riesgo; incumplimiento que, una vez se encuentre en firme el acto administrativo que lo ha declarado, inhabilitará al proponente por cinco (5) años, contados a partir de la expiración del plazo para la firma del contrato.

*-Los servidores públicos.* Dado que el servidor público no puede mezclar sus intereses con la actividad económica estatal y tampoco participar en eventos que puedan conducir a contratar, les está vedado a quienes ostenten tal calidad celebrar contratos con el Estado.

*-Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación.*

Como lo señala el doctor Jorge Pino Ricci, en estos casos “*el legislador por el hecho de la existencia de un vínculo especial o el parentesco entre los proponentes, presume su confabulación, es decir, el acuerdo para defraudar a la administración*” sin embargo la Corte Constitucional, luego de conocer la demanda de inconstitucionalidad de este literal, declaró su exequibilidad con fundamento en que “*de impedirse al legislador dictar este tipo de regulaciones, en el fondo se le estaría cercenado la función más elemental que le compete, la cual consiste en definir el ámbito de lo lícito y de lo ilícito. (...) ni siquiera sería posible delimitar el contenido y alcance del orden público contractual, que resulta indefinido por fuera del régimen de incompatibilidades, inhabilidades y nulidades, el cual a su turno es irrealizable si se prohíbe al Congreso descalificar comportamientos y tener una conciencia crítica y preventiva.*”

Lo anterior porque en concepto de la Corte el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, corresponde a una materia de normal y obligada inclusión en un estatuto contractual, el cual de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal.

La inclusión de esta inhabilidad, de acuerdo a lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia en comento, se justificaría por el hecho de que no

puede obtenerse la selección objetiva del contratista que haga la oferta más ventajosa para el Estado, si entre los licitantes y concursantes no se traba una activa y honesta competencia; ello por cuanto según el alto tribunal se ha demostrado que la participación en una misma licitación de licitantes unidos por los vínculos que establece la ley, está asociada a un riesgo alto de que se frustren los dos objetivos básicos de la licitación y el concurso públicos: igualdad de oportunidades para particulares y obtención de las mejores condiciones de contratación para el Estado.

Concluye la Corte que dado que los intereses de los miembros de una familia, tienen una alta probabilidad de incidir negativamente en la consecución de los objetivos que el Estado se traza al abrir una licitación o concurso, vale decir, obtener las mejores condiciones y promover al máximo la igualdad de acceso de los particulares, se justifica que en este caso, en razón del interés general, se dicte una regla que restrinja su participación.

*-Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación.* Inhabilidad que se justifica en los mismos términos de la enunciada anteriormente, exonerando a las sociedades anónimas abiertas, es decir las que tienen más de 300 accionistas, sin que de ellos ninguno sea titular de más del 30 % de las acciones en circulación, y cuyas acciones se encuentren inscritas en una bolsa de valores.

*-Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.*

Esta inhabilidad nace como consecuencia de la declaración de caducidad a una sociedad de las que la doctrina ha denominado de personas, dentro de las que encontramos las colectivas, las comanditas simples y las de responsabilidad limitada; la cual las inhabilita así como a sus socios y a las sociedades de las que estos formen parte con posterioridad a la declaración de caducidad.

*-Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.*

Con esta causal quedan inhabilitadas las personas naturales declaradas judicialmente responsables de la comisión de los mencionados delitos, inhabilitando a su vez a las sociedades de que hagan parte, sin importar que sean de personas o de capital, a excepción de las anónimas abiertas que como vimos en el literal h) son aquellas en las cuales, de conformidad con el artículo 5 del decreto 679 de 1994, tienen más de 300 accionistas, sin que de ellos ninguno sea titular de más del 30 % de las acciones en circulación, y cuyas acciones se encuentren inscritas en una bolsa de valores.

De igual manera de conformidad con el ordinal 2o. del mencionado artículo del Estatuto de Contratación Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

*a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad*

*contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.*

- b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.*
- c. El cónyuge compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.*
- d. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ello, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo. Esta inhabilidad por disposición del parágrafo 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993, no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.*
- e. Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté*

*adscrita o vinculada.*

Con relación a las causales de inhabilidad por parentesco o por matrimonio, de acuerdo a la reforma introducida por el artículo 18 de la ley 1150 de 2007, estos vínculos desaparecen por muerte o por disolución del matrimonio.

#### **9. Inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes a la gestión contractual estatal.**

En caso de sobrevenir alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad contenidas en la Constitución y la ley, el artículo 9º de la ley 80 de 1993 ha señalado el procedimiento que debe seguir la entidad cuando el contrato ya ha sido adjudicado y se encuentra ejecutando, así como el procedimiento que se debe seguir en caso de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga dentro del proceso de selección.

De esta manera en caso de sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante, tramite que debe agostarse en aras de no interrumpir el fin mismo para el cual la entidad celebró el contrato, como lo es el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines no paralizar el servicios. Sin embargo dispone el mismo artículo que de no ser posible lo anterior el contratista deberá renunciar a la ejecución del contrato.

Por otra parte, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación, de conformidad con señala el inciso segundo de la norma en



comento, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, de acuerdo al inciso tercero ibíd., éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante; sin que en ningún caso pueda haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Al respecto la Corte Constitucional, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de esta norma señaló:

*“...lo que se busca es impedir la contratación o evitar su continuidad por razones institucionales fundadas en los principios de la Carta Política que inspiran la gestión administrativa.*

*Uno de tales postulados es precisamente el de la igualdad, que se preserva adecuadamente al proscribir la contratación con personas que, dadas ciertas hipótesis, como las consagradas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, establecerían su relación con el Estado sobre la base de unas ventajas individuales, las que, de persistir, implicarían ruptura del necesario equilibrio entre los contratantes, concursantes o licitantes, en abierta contradicción con el artículo 13 del Estatuto Fundamental.*

*(...)*

*Si la Corte accediera a declarar la inconstitucionalidad solicitada, se tendría por consecuencia la desaparición de las reglas aplicables a los casos de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, sin motivo alguno para ella, ya que, por lo expuesto, ningún precepto de la Carta Política ha sido vulnerado, y, en cambio, sería posible una contratación que seguiría llevándose adelante pese a la existencia de tales situaciones jurídicas, con grave deterioro de la moralidad y la pureza de las*

*correspondientes relaciones entre el Estado y los particulares.”*

Por su parte, con relación a la indemnización a la que pueda haber con ocasión de la renuncia al contrato o del retiro del proceso de selección, esta no es procedente dado que los eventuales daños que pudieran ser alegados por este concepto de ninguna manera son consecuencia de una actuación o decisión de la administración, tal y como lo señalo la Corte constitucional en la sentencia en comentario:

*“Y no es el caso de indemnizar al contratante que en esas circunstancias renuncia ni al licitante o concursante que debe retirarse del proceso administrativo de selección, pues los eventuales daños que puedan sufrir no son consecuencia de una decisión o actuación antijurídicas provenientes de la administración, sino del hecho sobreviniente que consiste en la imprevista presencia de las causas de inhabilidad o incompatibilidad. Así, pues, no se configuran los presupuestos contemplados en el artículo 90 de la Constitución, a cuyo tenor “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (subraya la Corte).”*

#### **10. Excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades contractuales.**

Así como el estatuto de contratación ha señalado el régimen de inhabilidades para la contratación estatal, el artículo 10º de la ley 80 de 1993 contiene las excepciones a las Inhabilidades e Incompatibilidades estudiadas anteriormente, de esta manera señala el artículo en mención que no quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos

representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

## **11. Efectos de las Inhabilidades e incompatibilidades contractuales**

La violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades trae consigo una serie de consecuencias tanto para los que con su conducta han dado lugar a que se produzca, como para el contrato; desencadenando en actuaciones de tipo administrativo y jurisdiccional en las cuales se decidirá acerca de la responsabilidad de sus autores; así como del efecto que esta causa en el contrato así suscrito.

De esta manera estudiaremos la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades como conducta constitutiva de hecho punible, así como el conflicto de intereses como constitutivo del delito de interés indebido en la celebración de contratos; por encontrarse previstas en el Código Penal colombiano (ley 599 de 2000). Luego desarrollaremos la responsabilidad disciplinaria que se genera como consecuencia de esta conducta; así como la eventual responsabilidad fiscal que puede derivarse de la misma, para finalmente exponer los efectos que estos desencadenan en el contrato así, como las actuaciones que debe adelantar la administración cuando se encuentra en presencia de ellas.

### **11.1 Efectos penales de las inhabilidades e incompatibilidades contractuales.**

El código penal colombiano en su título XV contiene el catálogo de las conductas que el

legislador ha dispuesto deben estar tipificadas como delito con el fin de proteger la Administración pública, dentro de este título encontramos que el capítulo IV contiene los delitos relacionados con la celebración indebida de contratos, con los cuales como señalan los doctores Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau la contratación administrativa *“Aparece como subespecie del bien jurídico de la Administración Pública (...) entendida como el interés del Estado en que la participación de los funcionarios en los contratos no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa; esto es, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.”.*

De esta manera con relación a las inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses los artículos 408 y 409 de la ley 599 de 2000, contemplan los delitos de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades y el de interés indebido en la celebración de contratos, los cuales estudiaremos a continuación por la importancia y relación directa con el tema que hemos venido estudiando.

## **11.2 El delito de celebración de contratos con violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades contractuales.**

Según el artículo 56 de la ley 80 de 1993, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideraran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades y, por lo tanto estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala para los servidores públicos; razón por la cual al referirse a servidor público el artículo en mención debe entenderse que el sujeto activo de este delito puede ser el servidor público de conformidad con lo señalado en el artículo 20 del Código Penal así como los

contratistas, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 56 de la ley 80 de 1993.

La conducta o verbo rector que da origen al tipo penal es el *intervenir* la cual se puede dar en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con el Estado con violación al régimen constitucional o legal de inhabilidades e incompatibilidades estudiado en este capítulo. Al respecto cabe señalar que no ha habido una posición única frente al alcance e interpretación que debe dársele a este artículo, pues alguna posición de la jurisprudencia y de la doctrina han señalado que no incurrirá en este tipo penal quien, con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, intervenga en la etapa de ejecución o liquidación de un contrato; sin embargo hay quienes sostienen que la acción puede verificarse en todo el proceso contractual: fases precontractual, contractual, de ejecución, terminación y liquidación.

La primera posición fue defendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de marzo de 2002 con el argumento que tramitar es dar curso secuencial a cualquiera de los actos que se desarrollan con ocasión del complejo procedimiento de la contratación estatal, comprendiendo por ende, la preparación (registro de proponentes, pliego de condiciones, concurso, adjudicación), celebración (esto es, la suscripción), la ejecución (realización de la obra, prestación del servicio o suministro del bien), y la liquidación, estando todos sin excepción, sujetos al principio de legalidad.

Con relación a la segunda posición, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de *tramitación, aprobación o celebración del contrato*, no así durante la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas, resaltando que no resulte

acertado el criterio de que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa constituye “tramite”.

Acerca de la modalidad de comisión de la conducta punible, ésta necesariamente debe ser cometida con dolo, sin que el sujeto activo busque alguna finalidad específica con la comisión de la conducta; descartando de plano las modalidades culposa y preterintencional, no sucediendo lo mismo con la modalidad de dolo eventual, la cual como señalan los profesores Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, se puede llegar a presentar *“si el sujeto agente dudo sobre si se encontraba o no inhabilitado y prefirió seguir adelante con la firma del contrato librando a la buena suerte el que no incurriera en el tipo penal”*. Pudiéndose presentar el error de tipo o atipicidad subjetiva cuando el agente yerra sobre los elementos descriptivos (circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se comete la conducta), normativos (relacionados con el proceso de contratación estatal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades) o sobre el objeto material del delito (que lo constituye el contrato estatal).

Con relación a la antijuridicidad material, ha señalado la Corte Suprema de Justicia *“El desconocimiento de factores de inhabilidad e incompatibilidad...por si solo atenta contra los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad”* sosteniendo que *“la ilegitimidad del medio ya le ha ocasionado un daño al propio aparato administrativo y a terceros porque a la postre resultan mas costosos política y económicamente mas costosos los métodos basados en el tráfico de influencias y la contraposición de intereses”*, como han señalado la doctrina y la jurisprudencia, lo antijurídico material esta dado por la deformación del instituto personal, el cual *“busca proteger (...) la inmaculación del bien jurídico Administración pública a través de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella”*

Si con ocasión de la comisión de este delito el agente ha incurrido en los delitos de peculado por apropiación, y con los de cohecho propio e impropio, al vulnerar el mismo bien jurídico tutelado por el delito objeto de estudio, como lo es la administración pública, el actor podría estar incurso en un concurso homogéneo sucesivo con estos delitos.

### **11.3 El delito de Interés indebido en la celebración de contratos estatales.**

El interés indebido en la celebración de contratos, como conducta punible contenida en el artículo 409 de la ley 599 de 2000, ha sido tipificada como tal, con el fin de penalizar las conductas de los servidores públicos cuando estos por razón de su cargo o de sus funciones buscan privilegiar intereses particulares en desmedro del interés general, al abandonar sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual, conducta que se manifiesta con la exteriorización de ese interés por parte del sujeto activo.

Esta conducta tiene que realizarse bajo la modalidad de dolo directo, descartando el eventual, así como las modalidades culposa y preterintencional como lo señala Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau en este delito *“No hay que demostrar ninguna voluntad como tal. Pues ya el interés la presupone. De manera que se trata, exclusivamente de un dolo directo”*. De igual manera es de señalar que este delito es de ejecución instantánea, por lo tanto no es posible la tentativa en este delito.

De igual manera es posible que se presente concurso homogéneo simultáneo de este delito teniendo en cuenta que con esta sola conducta se puede vulnerar simultáneamente el bien jurídico de la Administración pública con los delitos de prevaricato por acción y

el de prevaricato por omisión. Así mismo es posible que se presente concurso homogéneo sucesivo con los delitos de peculado por apropiación, cohecho propio y cohecho impropio si el agente ejecuta en momentos distintos estos hechos típicos con ocasión del contrato, siendo homogéneo el concurso dado que con todos ellos se vulnera el bien jurídico de la administración pública.

#### **11.4 El delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.**

Penaliza el artículo 410 de la ley 599 de 2000 al servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, razón por la cual basta con que el sujeto activo tramite, celebre o liquide un contrato sin el cumplimiento de los requisitos esenciales para que se vea incurso en la conducta constitutiva del delito contenido en el mencionado tipo penal.

Debe recordarse que de conformidad con el artículo 56 de la ley 80 de 1993, dentro de la categoría de servidores públicos como sujetos activos de esta conducta delictiva, se encuentran incluidos el contratista, el interventor, el consultor y el asesor por ser considerados por el mencionado artículo como particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales siendo sujetos a la responsabilidad penal contenida en la ley 599 de 2000 para los servidores públicos.

Con la comisión de la conducta que da lugar a este delito es posible se presente un



concurso homogéneo simultáneo cuando con dicha conducta de manera simultánea el actor viola el bien jurídico de la Administración pública con los delitos de cohecho propio e impropio, así como con los delitos de prevaricato por acción y por omisión y con el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

los elementos esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que la previenen, so pena de inexistencia o conversión (artículos 1501 del Código Civil y 871 y 898 inciso 2 del Código de Comercio)

## **12 . Efectos disciplinarios de la celebración indebida de contratos.**

El Código Disciplinario Único (ley 734 de 2002) en su libro segundo, título único, contiene la descripción de las faltas disciplinarias de los servidores públicos en particular, indicando en su capítulo I las conductas constitutivas de estas faltas y desplegando en su artículo 48 el inventario de las conductas que constituyen falta gravísima, siendo de especial interés para esta obra la consagrada en el numeral 30, por haber tipificado disciplinariamente como falta gravísima la conducta del servidor público que interviene en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley.

De esta manera el servidor público que incurre en esta conducta, de acuerdo a lo señalado en el artículo 44 de la ley 734 de 2002, de ser declarado responsable disciplinariamente por la comisión de esta conducta, podría verse sometido a la sanción de destitución e inhabilidad general, si la conducta es realizada de manera dolosa o con culpa gravísima o a

suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial si es realizada con culpa.

En caso de ser sancionado con destitución e inhabilidad general, de acuerdo a lo señalado en el artículo ibídem, esta sanción implica para el servidor público, la terminación de su relación con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección; la desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política; la terminación del contrato de trabajo; implicándole adicionalmente en todos estos casos la imposibilidad de ejercer función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.

Por otra parte, la suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

Téngase en cuenta las inhabilidades establecidas en el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011, en el sentido en que la inhabilidad para quienes hayan sido condenados por delitos contra la administración pública quedarán inhabilitados para contratar por el término de veinte años. Así mismo el artículo 2 de la citada Ley establece que quienes financien en un porcentaje superior al 2.5% de las sumas máximas a invertir en las campañas a la Presidencia de la república, gobernaciones y alcaldías no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, y inclusive las descentralizadas durante el respectivo periodo, incluyendo las sociedades de las que hagan parte, como también estarán inhabilitados los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad y primero civil.

Así mismo, los servidores públicos que hayan ejercido empleo publico con una entidad pública no podrán celebrar contratos con esta dentro de los dos años siguientes a su retiro no las sociedades de las que hagan parte, así como tampoco podrán celebrar contratos de interventoría con una entidad pública, quienes hayan celebrado con ella contratos de obra pública, ni sus parientes en segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil, ni las sociedades de las que éstos hagan parte a excepción de las sociedades anónimas abiertas.

## **TÍTULO SEGUNDO**

### **RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES Y CONTROL FISCAL.**

Este es tal vez un punto de vital importancia para el tema que se está tratando, pues es con el restablecimiento de la ecuación contractual, donde se pueden presentar mayores detrimentos patrimoniales a la administración pública, debido a que la misma siempre tendrá la facultad de restablecer en sede administrativa el equilibrio económico del contrato si es procedente hacerlo o negarse en caso de que no se presenten las causales legales.

Según lo anterior, esas dos posibilidades, de una parte restablecer el equilibrio económico del contrato y de otra, no hacerlo, le puede generar dos inconvenientes grandes a la administración, uno en cuanto puede que restablezca el equilibrio económico de una ecuación contractual, cuando no había derecho a esta, o cuando las circunstancias de hecho no lo ameritaban, o cuando el contratista de manera dolosa fragüe engañar a la administración para obtener una mayor utilidad de un contrato, lo que causaría un detrimento patrimonial en cabeza de la administración pública, haciendo acreedor al servidor público responsable de una investigación fiscal.

Por otro lado, puede ocurrir el hecho contrario, que el contratista tenga todo el derecho a un restablecimiento de la ecuación económica, y que la administración la niegue, provocando retrasos e inconvenientes en el contrato, y obligando al contratista a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que por vía de una acción contractual pedir el restablecimiento del equilibrio económico, lo que puede causar un pago mayor del que se habría pagado si se hubiere aceptado el restablecimiento en sede administrativa, causando mayor onerosidad a la administración pública ya por costos financieros, o por el pago de costos procesales.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **CONTROL FISCAL Y ECUACIÓN ECONÓMICA DEL CONTRATO ESTATAL.**

#### **1. Noción de Ecuación Económica del Contrato Estatal.**

La ecuación contractual o el denominado por los doctrinantes *“principio del equilibrio económico o ecuación financiera”*, se encuentra consagrado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, establece:

*“ARTICULO 27. DE LA ECUACION CONTRACTUAL. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

*Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.”*

Además de lo anterior el artículo 5° numeral 1° de la Ley 80, que trata sobre los derechos y deberes de los contratistas lo siguiente:

*“ARTICULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° de esta ley, los contratistas:*

*1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.*

*En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”*

Otro artículo de la misma Ley que trata el tema del equilibrio económico, es el artículo 4° numeral 8°, el cual establece:

*“ARTICULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

*8o. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las*

*condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.*

*Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.”*

Sobre este particular se establece que es función de las entidades estatales estar atentas a cualquier desequilibrio contractual, sea que afecte al contratista o al mismo Estado, y en caso de presentarse, corregirlos a la mayor premura.

Ahora con respecto a la oportunidad y equilibrio contractual el numeral 9º del mismo artículo 4º de la Ley 80 de 1993, establece:

*“9o. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.”*

En igual sentido el Consejo de Estado, ha establecido sobre la noción del equilibrio financiero del contrato, lo siguiente:

*“Como lo ha manifestado la sala, el fundamento jurídico del restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, se encuentra en el papel que, mediante la contratación administrativa cumple el contratista, quien se constituye en un colaborador activo de la administración para el logro de los fines estatales; y, además, porque no resultaría justo ni equitativo privarle al particular que contrata con el Estado, del derecho a*

*obtener la satisfacción de sus aspiraciones contractuales dentro de lo razonable y legal. El particular no debe ser sacrificado en aras de la finalidad estatal; porque la atención de la misma corresponde, de conformidad con lo establecido por las normas superiores, a la administración”.* (C.E. Secc. Tercera. Sent. 14943.

M.P Daniel Suarez Hernández)

Es menester señalar que esta teoría es aplicable únicamente los contratos conmutativos, pues es en estos en los que se presentan prestaciones equivalentes entre las partes.

Si se observa detalladamente lo anterior, se establece que las entidades estatales deberán en el menor tiempo posible restablecer el equilibrio buscando que el contratista no se vea afectado por una mayor onerosidad en el desarrollo del contrato, lo que en última desembocaría en un mayor costo del contrato a cargo de la entidad y de la obra, y que como última finalidad busca precaver un posible litigio entre las partes intervinientes en un contrato.

Todo lo anterior, tiene como finalidad no solo proteger al contratista, pues si bien es cierto que este cuando interviene en un contrato tiene una finalidad de lucro, que si se ve disminuida debe buscarse que se restablezca o se indemnice, la administración también tiene derecho a que cuando este desequilibrio la afecte a ella, se busquen medidas para poder restablecerlo, pues es obligación de ella buscar preservar el patrimonio del Estado, y mantener un estatus quo en las obligaciones contractuales.

De esta manera, un desequilibrio económico no afecta la prestación de un servicio de carácter fundamental o público, pues la afectación del equilibrio puede conllevar a que el contrato que se está ejecutando, no se haga de la manera correcta, o que conlleve una mayor onerosidad al contratista, lo que conllevaría que este pueda dejar inconclusa la obra por no

estar en condiciones económicas de absorber las pérdidas que conlleva el mencionado desequilibrio.

Este equilibrio se puede ver afectado por varias razones, unas como consecuencia de actos de la administración y las cuales no pueden ser ni siquiera imputables a la administración, que pueden ser: actos o hechos de la administración como contratante, actos de la administración como Estado (hecho del príncipe), y factores externos que no son imputables a las partes (teoría de la imprevisión).

En conclusión el desequilibrio económico del contrato consiste en factores que hacen que el contrato pierda para una de las partes los intereses que ella tenía en el contrato, y como todo contrato al traer unas contraprestaciones de parte y parte, conlleva que cuando se rompe el equilibrio afecte o pueda afectar la ejecución del contrato, y por tratarse de contratos administrativos que buscan un interés general y cumplir los fines del Estado, esto conllevaría una posible falta de prestación de un servicio o la indebida prestación del mismo.

## **2. Elementos de la Ruptura del Equilibrio Económico del Contrato.**

Con respecto a este tema la ley no hace referencia a que eventos serán causal de la ruptura económica del contrato, y esto tiene su razón de ser en que no es posible prever todos los eventos en los cuales se rompe el equilibrio del contrato, y de tratar la ley de hacerlo, podría caer en injusticias al dejar por fuera una posible causa.

Pero la doctrina y la jurisprudencia en diferentes oportunidades han tratado de encuadrar



algunas de las causales más comunes para que se produzca el rompimiento del equilibrio económico del contrato, que pueden ser: 1. Hechos producidos por el hombre; 2. Fenómenos surgidos de la naturaleza anteriores o posteriores al contrato; 3. Acciones u omisiones de las autoridades públicas; 4. Situaciones económicas del país o de otros contextos.

Pero en todo caso la ocurrencia de estos hechos no conlleva por si solo que se hable de un rompimiento del equilibrio económico, sino que se deben observar que con la ocurrencia de alguno de esos hechos concurren los siguientes requisitos:

- Verificar la existencia cierta de la situación o del hecho que altera la ecuación.

Que no exista responsabilidad de la parte afectada por el hecho en la ocurrencia del mismo.

- La comprobación de que la persona afectada incurre en mayores gastos o costos por la ocurrencia del hecho.

Pero a pesar de lo anterior, la doctrina ha tratado de ponerse de acuerdo sobre estos hechos y situaciones que generan la ruptura de la ecuación contractual, las cuales pueden ser:

## **2.1 Hecho del Príncipe.**

Este hecho del príncipe se presenta cuando el equilibrio contractual se rompe por medidas que el Estado en uso de su facultad normativa de carácter general y objetivo, siendo una Ley o Acto Administrativo, que afecte directamente el contrato en uno o varía de sus circunstancias esenciales.

En Colombia el hecho del príncipe consiste en la facultad que tiene el contratista de solicitar que se lo repare o indemnice por cuanto la Administración o el Estado, por la facultad que le asiste de intervención en la sociedad o en la economía toma una medida de carácter general o abstracto que afecta la ejecución del contrato, teniendo en cuenta que es una medida que toma el Estado posterior a la celebración del contrato y que se hacía imprevisible a la hora de la celebración del mismo.

## **2.2 Ius Variandi.**

Este concepto de Ius Variandi, obedece a la potestad que tiene la administración contratante de cambiar las condiciones del contrato durante su ejecución para poder ofrecer un mejor servicio con el mismo, pero que genera mayor onerosidad al contratista en el desarrollo del contrato.

Esto se puede presentar cuando la administración en uso de sus atribuciones exorbitantes hace uso de la modificación unilateral, imponiendo rompiendo la ecuación contractual y causando mayores gastos a la administración; también se puede presentar cuando se reduce el alcance del objeto contratado haciendo que las utilidades que esperaba percibir el contratista se vean disminuidas de manera notable.

Otra forma en la que se puede presentar el Ius Variandi es cuando se presenta una terminación unilateral del contrato, y se afecta con esta decisión las ganancias que esperaba percibir el contratista, así también puede ocurrir que con la interpretación unilateral excepcionalmente se afecte el equilibrio contractual, cuando esta afecte las especificaciones o características de los bienes, servicios y u obras contratadas.

Este derecho a recibir indemnización por el Ius Variandi encuentra su sustento legal en el artículo 14 numeral 1 de la Ley 80 de 1993, que establece que cuando se ejerza alguna de esas potestades extraordinarias podrá la administración proceder al pago de la respectiva indemnización al contratista por la afectación del contrato y el rompimiento de la ecuación contractual.

### **2.3 Incumplimientos Obligatorios, Mayor Permanencia e Intereses Moratorios.**

El incumplimiento obligatorio se presenta cuando un incumplimiento del contrato conlleva para el contratista mayores costos en el contrato y rompe por lo tanto la ecuación contractual, un ejemplo claro de esto se presenta cuando en una obra se entregan planos con errores que le conllevan al contratista el tener que cambiar el diseño de los planos o mayor tiempo y permanencia en la obra, esto encuentra su sustento legal en el numeral 1° del artículo 5° de la Ley 80 de 1993, que establece que el incumplimiento de las obligaciones contractuales trae la ruptura de las obligaciones contractuales.

El factor de mayor permanencia de la obra se refiere, cuando el contratista por factores no imputables a él tiene que permanecer más tiempo en la labor o en la obra que está desempeñando, y cuando por falta de previsión de la administración se demora mas la ejecución del contrato, afectando este mayor precio el valor del contrato, lo que conlleva la ruptura del equilibrio contractual, haciendo necesario restablecerlo lo más rápido posible.

Por último la parte de intereses moratorios se presenta cuando la entidad realiza el pago de sus obligaciones a destiempo al contratista, razón por la cual produce un daño al contratista, donde la tasa moratoria puede ser la pactada por las partes en el contrato, siempre que en el mismo se observe que no exceda el máximo permitido, sea que nos encontremos frente a un negocio mercantil o civil según sea el caso.

## **2.4 Imprevisión y Sujeciones Materiales Imprevistas durante la ejecución del contrato estatal.**

Encuentra respaldo legal esta teoría de la imprevisión en el artículo 5° de la Ley 80 de 1993, pero este artículo permite determinar dos tipos de indemnización, una donde se trata de llevar al contratista a un punto de no pérdida, y otra plena que busca restablecer totalmente el equilibrio económico. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha acudido a una compensación integral, completa, plena y razonable de todos los sobrecostos en que incurrió el contratista por el hecho imprevisto.

Así entonces, la imprevisión surge como un hecho que no se pudo prever en el normal desarrollo del contrato y que termina afectando y haciendo incurrir al contratista en sobrecostos que no puede soportar, esto tiene la necesidad en todo caso que las partes demuestren que era imposible prever el acontecimiento.

En todo caso la posibilidad de revisar el contrato por circunstancias imprevisibles se encuentra estipulado en el ordenamiento positivo colombiano cuando, más exactamente en el artículo 868 del Código de Comercio, fija lo siguiente:

*“Art. 868. “ Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”*

Pero a pesar que el artículo anterior hace parte del ordenamiento jurídico comercial y no del Derecho Público, esto no ha sido excusa para que la jurisprudencia administrativa reconociera dicha institución jurídica, atendiendo las reglas civiles de la integración normativa.

Ahora en cuanto a las sujeciones materiales imprevistas, la doctrina, se ocupa de ellas cuando las define a la teoría de la imprevisión como hechos que existían antes de la ejecución del contrato y que afectan el desarrollo del mismo, mientras que las sujeciones materiales imprevistas, se refiere a aquellos hechos que ocurren durante la ejecución del contrato y que también generan sobre costos en el desarrollo del mismo, afectando el equilibrio contractual y perjudicando al contratista.

## **2.5 Caso Fortuito y Fuerza Mayor.**

La fuerza mayor y el caso fortuito son instituciones jurídicas que se encuentran señaladas en el Código Civil, el cual los define de la siguiente manera:

*“Art. 64. Fuerza Mayor y Caso Fortuito. Artículo subrogado por el artículo 1° de la Ley 95 de 1890. El nuevo texto es el siguiente: Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”*

Como se puede observar anteriormente la causa de la fuerza mayor o caso fortuito se encuentra en hechos del hombre o de la naturaleza que repentinamente suceden y a los

cuales no se puede resistir.

Esto en principio genera que la destrucción de una obra por un evento de fuerza mayor o caso fortuito, la administración tenga la obligación de indemnizar al administrado por la parte de la obra ya realizada, todo esto en razón a que el Derecho Público debe en todo caso tratar de preservar el patrimonio de los administrados, además de buscar reciprocidad de las prestaciones y buena fe y protección de los contratistas como verdaderos colaboradores de la administración en la prestación de un servicio público, lo que significaría que la administración esta en la obligación de restablecer la ecuación económica en los casos en que ocurra un hecho de estos.

### **3. Restablecimiento del Equilibrio o Ecuación Económica del Contrato.**

Sobre este particular la Ley 80 de 1993 establece en varios artículos diferentes formas de restablecer el equilibrio contractual, así el artículo 25 numeral 14, establece que “las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados”.

Esto significa que las entidades para prever cualquier tipo de afectación al equilibrio contractual de los contratos celebrados, deberá incluir en su presupuesto un rubro para el cubrimiento de las indemnizaciones que deba pagar por estos hechos.

Además, como lo establece el artículo 4º de la misma Ley en su numeral 9º, las entidades deberán actuar de tal modo que no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento

de las obligaciones a cargo del contratista, y que en observancia de tal fin se corrijan los desajustes en el menor tiempo posible.

A las previsiones anteriores, se deben sumar una serie de mecanismos de arreglo directo entre las partes como los previstos en los artículos 25 numeral 5º; 27 incisos 2º y 3º; y 68 de la Ley 80 de 1993; que en su orden establecen: en virtud del principio de economía se adoptaran procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato presenten. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

El ejercicio de la distribución de riesgos es en principio efectuada a través de la audiencia de identificación, tipificación y asignación de riesgos, la cual ratifica al contratista más aun en la posibilidad de hacer exigible el desequilibrio económico, así se encuentra establecido en la ley 1150 de 2007 Artículo 4, el cual puntualiza: *“De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”*.

En la misma línea el Decreto 2474 art. 89 establece que: “Para los efectos previstos en el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, se entienden como riesgos involucrados en la contratación todas aquellas circunstancias ajenas a las partes, que de presentarse en

desarrollo y ejecución del contrato, pueden alterar el equilibrio financiero del mismo. El riesgo será previsible en la medida que sea identificable y cuantificable por un profesional de la actividad en condiciones normales. La Entidad, en el proyecto de pliego de condiciones deberá tipificar los riesgos que puedan presentarse y cuantificar su posible afectación a la ecuación financiera, deben señalar el sujeto contractual que soportará el riesgo total o parcialmente en caso de concretarse o la forma en que se reestablecerá el equilibrio contractual cuando se vea afectado por el riesgo.

El restablecimiento equilibrio económico debe contemplar varias posibilidades y no debe limitarse en su solución al reconocimiento de mayor remuneración al contratista por los mayores costos originados con el desequilibrio, otras vías por medio de las cuales se puede igualmente restablecer su derecho son: por ejemplo en concesión se podría ampliar el plazo de explotación o se podría establecer la reversión con cláusula de remuneración.

#### **4. El control fiscal al restablecimiento del equilibrio económico del contrato o a la respuesta negativa de la misma por parte de las administraciones públicas contratantes.**

Analizado el concepto de equilibrio económico del contrato, se pretende entonces para aterrizar el tema al control fiscal, establecer una conexidad entre este tema y el control fiscal que ejercen los organismos de control sobre la ecuación económica.

Se puede decir que sobre este tema el servidor público si se mueve en una línea muy delgada de responsabilidad, pues bien lo establece la Constitución Política que los servidores públicos son responsables por su acción y por sus omisiones, entonces les corresponde a ellos estar atentos de cuando se rompe en realidad el equilibrio económico del contrato y hacer una verdadera evaluación de en que cuantía se rompió el mencionado



equilibrio.

Además, le corresponde también a la administración analizar los presupuestos antes mencionados sobre cuando en realidad un hecho produce un rompimiento de la ecuación contractual, pues se puede ocurrir el hecho, pero este pueda que no rompa el equilibrio contractual de las partes, dado que el hecho puede ser imputable al afectado, o no produce un detrimento patrimonial en el contratista.

Por lo anterior, el servidor público tiene que estar atento, de que cuando ocurra un hecho generador del rompimiento del equilibrio contractual, se cumplan los presupuestos mínimos para que el contratista acceda a una indemnización, pues si la administración otorga la indemnización sin que en realidad ocurriera un rompimiento del equilibrio contractual, el servidor será fiscalmente responsable por el pago de lo no debido a un contratista; por su parte el contratista puede estar incurso incluso en una actuación de tipo penal.

El estudio consiste en verificar la causa eficiente de la ruptura de la ecuación contractual y de la distribución de los riesgos en el contrato.

Una vez se establezca que el hecho contractual se presentó y que la causa debe asumirla la administración, es procedente el restablecimiento, pero será responsable fiscal quien lo restablezca sin que se presente el hecho contractual y la causa, así como cuando se rompe a favor de la administración y esta no la reclama existe entonces daño patrimonial por esta causa.

## **5. Responsabilidad fiscal derivada del indebido restablecimiento del equilibrio económico del contrato.**

Dentro de los eventos que se pueden presentar dentro del restablecimiento del equilibrio económico encontramos aquel según el cual, se restablece el equilibrio económico de una ecuación contractual, cuando no había derecho a esta, o cuando las circunstancias de hecho no lo ameritaban, o cuando el contratista de manera dolosa fragüe engañar a la administración para obtener una mayor utilidad de un contrato, lo que causaría un detrimento patrimonial en cabeza de la administración pública por una indebido restablecimiento del equilibrio de contrato, haciendo con ello acreedor al servidor público sujeto de una investigación fiscal.

No obstante es necesario precisar para tal fin que el detrimento no puede ser analizado como el ejercicio de una operación matemática en abstracto, sino una valoración adecuada al caso y un análisis amplio con el cual se determine, el por qué se reconoció una suma superior a la determinada, y si dicho monto se encuentra justificado. De no ser así estaríamos frente a un hallazgo fiscal.

#### **6. Responsabilidad fiscal derivada de la omisión administrativa de no gestionar por vía administrativa o judicial el restablecimiento del equilibrio económico del contrato a favor de la entidad.**

El juicio de responsabilidad debe recaer sobre acciones u omisiones, de tal razón que si el contratista tiene todo el derecho a un restablecimiento de la ecuación económica, y la administración la niega, provocando con ello retrasos e inconvenientes en el contrato, obligando al contratista a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que por vía de una acción contractual pida el restablecimiento del equilibrio económico, lo que puede causar es un pago mayor del que se habría pagado si se hubiere aceptado el restablecimiento en sede administrativa, causándose en tal evento un mayor detrimento patrimonial a la administración pública.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **CONTROL FISCAL Y GARANTÍAS CONTRACTUALES**

Las garantías contractuales son la herramienta e instrumento jurídico para amparar las distintas obligaciones adquiridas por el contratista en el contrato estatal, de tal manera que la administración pública contratante pueda asegurar la ocurrencia del siniestro amparado, cuando quiera que el oferente en un primer momento o el contratista estatal incumpla. Veamos los efectos legales, contractuales, civiles mercantiles de las garantías contractuales frente al patrimonio público incorporado al contrato estatal, y el deber de salvaguarda del patrimonio del Estado, a través del ejercicio del control fiscal.

#### **1. Mecanismos de cobertura del riesgo en los contratos estatales.**

El mecanismo de cobertura del riesgo, según el artículo 2 del decreto 4828 de 2008, es el instrumento otorgado por los oferente o el contratista de una entidad pública contratante en favor de ésta o en favor de un tercero con el fin de garantizar la seriedad del ofrecimiento, el cumplimiento de las obligaciones que para aquél surjan del contrato y de su liquidación, la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas y los demás riesgos a que se vea expuesta la administración según las estipulaciones del contrato. El mecanismo del riesgo es por naturaleza indivisible, sin perjuicio de que la garantía otorgada pueda ser dividida pro etapas contractuales, esto es, una garantía para la fase de preconstrucción, otra para la fase de construcción y rehabilitación, y otra para la fase de mantenimiento.

Los distintos mecanismos de cobertura del riesgo, se convierten en una herramienta para garantizar la reparación del daño patrimonial en que haya incurrido el gestor fiscal-contractual, hasta por el monto amparado en la respectiva garantía, debiendo responder con su patrimonio el gestor fiscal por la suma del daño patrimonial que supere el porcentaje amparado en la garantía.

## **2. Clases de garantías en los contratos estatales.**

Las distintas tipologías de garantías, son las establecidas en el artículo 3 del decreto 4828 de 2008, consistente en póliza de seguros, fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores, y depósito de dinero en garantía.

La responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas sólo puede ser amparadas mediante póliza de seguros. De otra parte, debe tenerse en cuenta que el monto, vigencia y amparos, cobertura de las garantías se determinarán teniendo en cuenta el objeto, naturaleza y las características de cada contrato, los riesgos que se deban cubrir.

Cuando el ofrecimiento sea presentado por un proponente plural bajo la figura de la Unión Temporal, Consorcio o Contrato de Asociación Futura, la garantía debe ser otorgada por todos los miembros integrantes del proponente plural; y cuando las personas naturales o jurídicas extranjeras sin domicilio o sucursal en Colombia podrán otorgar como garantías, cartas de crédito estad by expedidas en el exterior.

## **2.1 Pólizas de seguros que garantizan el cumplimiento de las obligaciones adquirida por el contratista estatal.**

El inciso 2o del artículo 7o del Decreto 4828 de 2008, reglamentario de la Ley 1150 de 2007, dispone las condiciones generales, aplicables al contrato estatal según el objeto que se ampara u el riesgo cubierto, razón por la cual, éstas condiciones generales son las siguientes:

a.- Amparos: La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato. Los amparos de la póliza serán independientes unos de otros, respecto de los valores asegurados, y la entidad estatal contratante asegurada no podrá reclamar o tomar el valor de un amparo para cubrir o indemnizar el valor de otros. Los amparos no son acumulables y son excluyentes entre así, aunque estén establecidos y estipulados en la póliza única de cumplimiento.

La póliza de cumplimiento, se denomina Única en cuanto la ley exige que tiene por norma general que estar incorporada en solo instrumento jurídico y expedida por una sola aseguradora, y no constituye un instrumento general y que se pueda confundir el amparo, su cuantía, plazo, vigencia de cada uno de los riesgos amparados en particular, salvo el caso de la excepción cuando el contrato tiene dividido su periodo de ejecución en varias fases como la de preconstrucción, construcción y mantenimiento, evento en el cual se puede dividir una póliza con todos los amparos para cada una de las fases, esto es que ejecutada la fase de preconstrucción y por ello la póliza que ampara los riesgos propios de esa fase, se debe aportar por parte del contratista la otra póliza con los amparos propios de la etapa de construcción, y así mismo ocurre cuando se ejecute esta fase, con la etapa de mantenimiento.

Lo que en todo caso, no rompe con la regulación legal aquí establecida de que el cada uno de los amparos así estén estipulados en una misma póliza, son independientes, y es por ello que la vigencia del ampara del anticipo y pago anticipado, su cuantía del 100%, es independiente de ella garantía de prestaciones y salarios, su porcentaje y vigencia, por lo tanto los amparos del anticipo y el pago anticipado no podrá utilizarse para amparar el rubro de prestaciones y salarios, como tampoco la vigencia de éste para cubrir la del amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo.

b.- Exclusiones de la póliza de garantía de cumplimiento:

Las normas jurídicas de naturaleza contractual, ya sean de naturaleza legal o reglamentaria son de orden público, y por tanto de obligatorio cumplimiento. Con ello, queda claro que ninguna compañía aseguradora puede realizar exclusiones distintas a las expresamente establecidas en el decreto 4828 de 2008, debiendo expedir las pólizas con todos los amparos previstos en la Ley. Las exclusiones permitidas legalmente son las siguientes:

-La causa extraña como la fuerza mayor y el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, conforme al Código Civil y el Código de Comercio.

- Daños causados por el contratista a los bienes de la entidad no destinados al contrato durante la ejecución de éste. Esto para evitar que sea utilizado los riesgos a que se ve sometido el contrato, para amparar otros bienes de la entidad que deben ser amparados por pólizas independientes no relacionadas con la póliza única de cumplimiento contractual.

-El uso indebido o inadecuado o la falta de mantenimiento preventivo a que esté obligada la entidad contratante. En este caso el responsable fiscal es el agente estatal que teniendo el

deber de hacerle mantenimiento preventivo al bien, no lo hace o el daño se produce por el uso indebido o inadecuado de éste.

-El emérito o deterioro normal que sufren los bienes entregados con ocasión del contrato garantizado, como consecuencia del mero transcurso del tiempo, tal como el desgaste, evaporación por el tiempo etc.

Cualquier otra exclusión incorporada en una póliza única de cumplimiento es ineficaz es ineficaz de pleno derecho, es decir, no produce efecto alguno y no requiere de declaración judicial.

c.- Inaplicabilidad de la cláusula de proporcionalidad. La cláusula de proporcionalidad es aquella que consiste en pactar el pago de un valor asegurado por el incumplimiento total del contrato garantizado, y de presentarse el incumplimiento parcial del contrato, la indemnización de perjuicios a cargo del asegurador no excederá de la proporción del valor asegurado equivalente al porcentaje incumplido de la obligación garantizada.

Es ineficaz de pleno derecho, y por ende sin efecto alguno, las cláusulas de proporcionalidad pactada en las pólizas de cumplimiento; teniendo en cuenta que ello desnaturaliza el carácter de orden público de la obligatoriedad legal de incorporar los amparos de los riesgos contractuales y de admitirse sería tanto como permitir que por ésta vía se ampliaran los conceptos totales o parciales de exclusiones con alcance mayor del taxativamente establecido por el artículo 15 del decreto 4828 de 2008.

d.- Cesión del Contrato estatal. La póliza única de cumplimiento debe incorporar la obligación del asegurador, que en el evento en que durante la ejecución del contrato por

incumplimiento del contratista, la compañía garante del contrato resolviera asumir como cesionario, esto es, encargarse directamente de la ejecución del contrato, y si la entidad estatal está de acuerdo con la cesión y en virtud de la petición de la aseguradora se abstiene de declarar la caducidad del contrato o de iniciar el procedimiento de caducidad del contrato y en su lugar acepta la cesión, el contratista garantizado e incumplido tiene la obligación de aceptar la cesión del contrato desde el momento de la contratación de la póliza, la cesión del contrato eb favor del asegurador.

Lo anterior, significa que ante el incumplimiento grave del contrato que da lugar al inicio del procedimiento de declaración de caducidad del contrato o a su declaración administrativa, la aseguradora podrá proponerle a la Entidad recibir en cesión el contrato estatal, lo que significa que la compañía aseguradora se convierte desde el momento de la formalización del contrato de cesión entre contratista cedente y la aseguradora del contrato cesionaria, en contratista cesionaria estatal una vez aprobada por la entidad pública. Evento en el cual, el asegurador cesionario, y nuevo contratista debe constituir una nueva póliza de garantía para amparar el cumplimiento de las obligaciones que ha asumido por virtud de la cesión, es decir, no podría continuar en la doble condición de asegurador y de contratista cesionario.

Aquí lo que ocurre es que en virtud de la primera póliza única de garantía, el asegurador asume el contrato incumplido como asegurador para garantizar el cumplimiento del contrato incumplido por el contratista cedente, y esa póliza pierde eficacia desde el mismo momento en que el asegurador asume directamente el contrato y aporta la nueva póliza que ampara a la aseguradora contratista scesionaria.

e. Prohibición expresa de revocabilidad unilateral de la garantía por falta de pago. Las



entidades aseguradoras no podrán estipular en las condiciones generales de la pólizas de cumplimiento, ni dar por terminado el contrato de seguro unilateralmente por falta de pago de la prima por parte del tomador, ya que es una obligación civil o comercial entre el asegurador y el tomador que no le resta eficacia al contrato de seguro aportado a la entidad pública para amparar el cumplimiento del contrato.

f.-Inoponibilidad de las excepciones a la entidad asegurada. La Aseguradora no podrá alegar en contra de la Entidad estatal contratante, y por ende no le serán oponibles las excepciones o defensas provenientes de la conducta del tomador del seguro, en especial las derivadas de las inexactitudes o reticencias en que este hubiere incurrido con ocasión de la contratación del seguro ni en general, cualesquiera otras excepciones que posea el asegurador en contra del contratista.

## **2.2 Fiducia mercantil en garantía.**

El artículo 17 del decreto 4828 de 2008, dispone que se puede utilizar la fiducia en garantía como mecanismo de cobertura del riesgo, debidamente aceptada por la entidad pública contratante para cubrir los riesgos derivados de la seriedad del ofrecimiento de las obligaciones surgidas del contrato o de su liquidación. Los bienes o derechos que sean entregados en fiducia mercantil en garantía deberán ofrecer a la entidad contratante un respaldo idóneo y suficiente para el pago de las obligaciones garantizadas.

La sociedad fiduciaria, en desarrollo del contrato de fiducia suscrito deberá expedir el respectivo certificado de garantía o el documento que haga sus veces, en el que deberá establecer la individualización jurídica de los bienes y derechos fideicometidos en donde

conste en el último de los estados financieros actualizados del fideicomiso una descripción detallada de los mismos.

La sociedad fiduciaria debería expedir en el certificado de garantía el procedimiento a surtir en caso de hacerse efectiva la garantía, el cual no podrá imponer circunstancias mas gravosas que las establecidas en el reglamento, y así mismo deberá certificar la prelación del pago para la entidad contratante, los riesgos garantizados y los mecanismos para garantizar a la entidad que cuenta con los recursos para hacer efectiva la garantía, los cuáles no podrán afectar la suficiencia de ésta. La fiduciaria no podrá alegar a la entidad contratante, la excepción del contrato no cumplido refiriéndose al contratista estatal en relación con el contrato de fiducia mercantil suscrito con la entidad fiduciaria. Las características de la fiducia mercantil en garantía son las siguientes:

- Los bienes admisibles como objeto de fiducia mercantil en garantía, que constituye patrimonio autónomo los siguientes bienes y derechos: Valores de aquellos que las normas del sector financiero autorizan para conformar carteras colectivas del mercado financiero, o la participación individual del contratista en éstas mismas carteras.

- Inmuebles sobre los cuáles no pese gravamen alguno y que tengan un valor comercial determinado bajo el criterio del avalúo para realización o venta que no tengan un valor inferior a dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de constituir la garantía, que generen rentas predeterminadas con pagos en periodos no superiores a un año, equivalentes mensualmente a por lo menos el 0.75% del valor establecido en dicho avalúo. Estas rentas no podrán estar a cargo del contratista garantizado y harán parte del patrimonio autónomo correspondientes.

El avalúo del bien inmueble deberá actualizarse mínimo una vez cada año calendario, y en caso de que el avalúo sea inferior al último en mas del 10% o que el bien pierda más del 30% de su valor en el término de 12 meses, el contratista deberá aportar nuevos bienes hasta cubrir el valor de la garantía exigida, en un término no inferior a 30 días calendario contados desde la fecha del requerimiento escrito de la fiducia. El incumplimiento de la obligación de aportar nuevos bienes generará para el contratista como consecuencia que la entidad pública declare la caducidad de contrato amparado.

Los bienes y derechos que se entreguen a la fiducia mercantil en garantía o podrán ser reconocidos como activo de garantía sino por el 70% del valor que arroje el avalúo y los valores hasta el 90% de su de su valor efectivo anual, mes vencido. De las rentas periódicas que produzcan los bienes y derechos que conforman el patrimonio autónomo , la fiducia retendrá el 1% mensual hasta completar el valor equivalente al 3% del avalúo del bien o valor, sumas que invertirá en una cartera colectiva del mercado financiero y que destinará para el ejercicio de conservación, defensa y recuperación de los bienes fideicometidos y los gastos necesarios para hacer efectiva la garantía y el saldo mensual de dichas rentas periódicas será entregado a quien indique el fideicomitente.

Este procedimiento debe mantenerse hasta el momento en que deba hacerse efectiva la garantía, evento este en el cual todas las rentas se mantendrán en el fideicomiso para destinarlas al objeto principal del contrato. Los avalúos de los bienes entregados al patrimonio autónomo deberán hacerlos peritos evaluadores afiliados al registro nacional de evaluadores, y deben ser independientes a la entidad fiduciaria y los costos del mismo, deben ser cubiertos por la entidad fiduciaria.

-Constitución y aprobación de la fiducia mercantil. La aprobación de la garantía por parte

de la respectiva entidad, los oferentes o contratistas deberán acreditar la constitución de la garantía a través de la copia del respectivo contrato y entregar el certificado de garantía expedido por la sociedad fiduciaria. Para que la entidad pública contratante acepte el contrato de fiducia mercantil en garantía deberá tener como requisitos los siguientes:

-Partes del contrato de fiducia mercantil en garantía. Las partes son el constituyente que puede ser el oferente o el contratista o una persona jurídica autorizada por sus estatutos para garantizar obligaciones de terceros; y la fiduciaria.

- Beneficiario. El beneficiario es la entidad publica ante la cual el constituyente vaya a presentar una oferta o tenga celebrado un contrato, pero si la fiducia está constituida exclusivamente por valores, éste podrá otorgarse a favor de varias entidades públicas para garantizar obligaciones derivadas de otras propuestas o contratos.

-Conservación de los bienes. El fiduciario tiene la obligación realizar todos los actos necesarios para la conservación de los bienes fideicometidos o adoptar las medidas necesarias para que quien los tenga garantice dicha conservación.

-Idoneidad de la garantía. El contrato deberá contener la obligación del fiduciario de efectuar periódicamente valoraciones y avalúos sobre los bienes que constituyen el patrimonio autónomo a precios de mercado o técnica y suficientemente atendiendo el valor de la realización de los mismos, con el objeto de velar por la idoneidad de la garantía. La fiduciaria tiene la obligación legal de informar a la entidad contratante dentro de los tres días siguientes en que conoció de la insuficiencia de los bienes para el pago de la obligaciones garantizadas por disminución de su precio en términos del valor de mercado, con el fin de que se proceda a su reposición o ampliación,s según el caso.

-Reposición y ampliación. El contrato de fiducia mercantil en garantía debe estipular la obligación a cargo del oferente o contratista de reemplazar o aumentar dentro de los 30 días siguientes al requerimiento del fiduciario los bienes cuyo valor se disminuya por aplicación de las normas de valoración de precios de mercado, o de entregar otros adicionales de las especies y características indicadas.

-Procedimiento en caso de incumplimiento. En el contrato de fiducia mercantil en garantía de establecerse de manera clara el procedimiento que deberá surtir para hacer efectiva la garantía, que no podrá ser contrario a las disposiciones del decreto 4828 de 2008.

Cuando exista incumplimiento de pondrá en conocimiento de la sociedad fiduciaria el acto administrativo e firme, y esta adelantará los trámites del caso para hacer efectiva la garantía, que no podrá ni le será admisible discutir la responsabilidad del contratista. En este caso, la entidad pública inicia el procedimiento de aplicación de la garantía, sin que tenga el deber de hacer parte a la fiduciaria porque no lo es, y es por ello que la entidad una vez declare el incumplimiento y el acto quede en firme, es cuando tiene el deber de comunicar el acto administrativo, para que la fiduciaria haga efectivo el procedimiento para responder económicamente por el siniestro. La fiduciaria no es parte del procedimiento administrativo, y por ende no le es admisible defender el cumplimiento del contratista.

-Las obligaciones del fiduciario deben estar pactadas expresamente, y este debe incluir el procedimiento para la realización de los bienes transferidos en garantía, el aviso para su renovación o reemplazo por pérdida o deterioro de su valor de mercado cuando sea del caso así como, la rendición de cuentas e informes periódicos sobre su gestión.

-Rendición de cuentas. El contrato debe establecer las reglas y procedimientos para la rendición de cuentas tanto a la entidad beneficiaria como al fideicomitente.

-Liquidación del negocio fiduciario. El contrato de fiducia en garantía debe estipular que a la fecha de liquidación del contrato que se garantiza mediante fiducia, también se podrá solicitar la liquidación del contrato de fiducia mercantil.

-Admisibilidad de la dación en pago. El contrato de fiducia en garantía deberá estipular que la dación en pago de los bienes fideicometidos sólo procede cuando la entidad estatal así lo autorice, siempre y cuando hubiese transcurrido más de un año sin que se pueda realizar el bien. Se entenderá que la entidad lo recibe por el valor del 50% del avalúo actualizado efectuado para ese fin, siempre y cuando ese monto cubra como mínimo, el valor del perjuicio reclamado.

### **2.3 Garantía Bancaria a primer requerimiento.**

la garantía bancaria a primer requerimiento puede ser utilizado como mecanismo de cobertura del riesgo para amparar las obligaciones derivadas de la seriedad del ofrecimiento, del cumplimiento del contrato y de su liquidación.

En virtud de esta garantía bancaria, la entidad financiera nacional o extranjera asume el compromiso firme, irrevocable, autónomo, independiente o incondicional de pagar directamente a la entidad contratante, a primer requerimiento, hasta el monto garantizado, una suma de dinero equivalente al valor del perjuicio sufrido por esa entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el proponente o

contratista, ante la presentación del acto administrativo en firme que así lo declara.

Las entidades públicas podrán aceptar el otorgamiento de las garantías bancarias a primer requerimiento para garantizar la seriedad de los ofrecimientos y las obligaciones derivadas del contrato y de su liquidación, siempre y cuando reúnan las siguientes condiciones: Que conste por escrito en documento privado en el cual el establecimiento de crédito asuma en forma expresa, autónoma e irrevocable en favor de la entidad pública contratante el compromiso de honrar las obligaciones a cargo del solicitante, en caso de incumplimiento por parte de éste.

La garantía deberá ser efectiva a primer requerimiento cuando el acto administrativo en firme que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales o cualquiera de los eventos constitutivos de incumplimiento de la seriedad de los ofrecimientos hechos, se ponga en conocimiento del establecimiento de crédito. Lo anterior, indica que la institución bancaria deberá establecer en el documento privado el procedimiento para hacer efectiva la garantía, debiendo quedar claro y preciso que el garante no es parte del procedimiento administrativo de declaración de incumplimiento, como tampoco puede oponerse a la ejecución del acto administrativo que la declare una vez en firme, puesto que el primer requerimiento como lo indica la institución de garante, es el acto administrativo en firme, y tiene como consecuencia que la entidad pública beneficiaria de ella garantía no debe hacer requerimientos consecutivos, porque basta con el primero que haga al garante para que la garantía sea efectiva.

Las garantías bancarias a primer requerimiento son el contrato de garantía bancaria, y la carta de crédito stand by, como lo dispone el artículo 23 del decreto 4828 de 2008. El contrato de garantía bancaria, consiste en que una entidad financiera emisora, obrando por

cuenta y por orden del proponente contratista, se obliga irrevocablemente con la entidad estatal, en calidad de beneficiaria, a pagarle hasta el por el monto garantizado, los perjuicios directos derivados del incumplimiento de las obligaciones que asume cuando se presenta una propuesta, cuando se suscribe el contrato estatal y/o de su liquidación tanto para el proponente como para el contratista respectivamente.

El pago de la garantía lo realizará o efectuará la entidad emisora dentro de los tres días hábiles siguientes a que en que le sea entregado el acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el que conste el incumplimiento del proponente o contratista y se ordene la efectividad de la garantía, orden que debe cumplirse por parte de la entidad emisora a primera demanda o a primer requerimiento, sin que le sea dable al garante alegar durante la aplicación de la garantía el cumplimiento del contratista, puesto que es un tercero ajeno a la relación contractual, que sólo estará para pagar la garantía cuando la administración así lo solicite a través del requerimiento, que se entiende por tal la expedición del acto administrativo ejecutoriado que así lo declare.

La Carta de crédito stand by, consiste en que una entidad emisora que obra por expresa instrucción del proponente o contratista, se obliga a garantizar irrevocablemente el pago en dinero de las obligaciones que con ocasión de la propuesta o del contrato surjan para el proponente o el contratista. Dicho pago lo efectuará el banco emisor contra la entrega de a carta de crédito, acompañada del acto administrativo debidamente ejecutoriado, en el que conste el incumplimiento del proponente o contratista.

La entidad bancaria emisora deberá cancelar el pago de la garantía a la entidad estatal beneficiaria, previa declaración realizada mediante acto administrativo ejecutoriado, y la diferencia entre la carta de crédito stand by y el contrato de garantía bancaria, es que la



primera se somete a las reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios de la Cámara de Comercio Internacional, sin perjuicio del Código de Comercio.

#### **2.4 Endoso en garantía de títulos valores.**

El endoso en garantía de títulos valores es admisible como garantía de seriedad del ofrecimiento, por parte del proponente. El endoso en garantía es admisible siempre que recaiga sobre títulos valores de contenido crediticio, tales como certificados de depósito a término emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; pagarés emitidos por una entidad financiera sometida a vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; y títulos de tesorería-TES.

El oferente debe ser el endosatario efectivo del título valor, en favor de la entidad pública que ordena la apertura del proceso de selección o que suscribe el contrato, y solo podrán ser admitidos por el 70% de su valor, porcentaje que deberá cubrir como mínimo los montos exigidos por la entidad contratante para la garantía de seriedad de la oferta. Los títulos valores deberá ser custodiados por empresas autorizadas en Colombia para el depósito de valores. Así mismo, la entidad contratante hará efectiva la garantía mediante la expedición del acto administrativo debidamente ejecutoriado y solicitará a la entidad emisora la solicitud de pago, en la fecha de vencimiento del mismo. Si el valor recibido en pago es superior al monto por el que se hace efectivo los títulos valores, la entidad contratante devolverá dentro de los 30 días siguientes el valor del excedente al proponente o a quien éste determine.

#### **2.5 Depósito de dinero en garantía.**

De conformidad con el artículo 1173 del Código de Comercio, el depósito en garantía consiste en que un sujeto de derecho deposita una suma de dinero en garantía del cumplimiento de una obligación, el depositario sólo estará obligado a hacer la restitución en cuanto al exceso del depósito sobre lo que el deudor deba pagar en razón del crédito garantizado.

Así las cosas, se observa que el oferente o contratista puede aportar como garantía un depósito de dinero, por la suma exigida en el pliego de condiciones y/o el respectivo contrato, para que el banco depositario le pague su valor, tan pronto como la entidad contratante lo solicite acompañando con el acto administrativo ejecutoriado que así lo solicite. El banco depositario no puede intervenir en el procedimiento administrativo de aplicación ni alegar el cumplimiento del contrato.

### **3. Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento.**

El ofrecimiento consiste, en la propuesta que presenta el oferente singular o plural para participar en un proceso de selección, esto es, licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada, para lo cual debe presentar como garantía los distintos mecanismos de cobertura del riesgo, cuyo amparo tiene un contenido eminentemente económico, esto es, tiene como objetivo el pago de la idealización de los perjuicios que reciba la entidad derivados del incumplimiento de las obligaciones que asume el oferente al presentar una oferta en un procedimiento de selección contractual.

La garantía de seriedad del ofrecimiento, cubre los perjuicios ocasionados a la entidad contratante en los siguientes casos:

a.- La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado, una vez adjudicado el proceso de selección.

b.- La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos de condiciones para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no exceden un término de tres meses.

c.- La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.

d.- El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.

e.- La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario único de Contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.

Una vez se presente el siniestro, la entidad debe proceder a hacer efectiva la garantía mediante la expedición del acto administrativo correspondiente, so pena de ocasionar el daño patrimonial a la administración, porque si teniendo el deber de aplicar la garantía o la deja prescribir o perder vigencia, el perjuicio cuantificado y no indemnizado constituye un detrimento al patrimonio público, así mismo si después del acto administrativo ejecutoriado no adelanta y hace cumplir sus efectos por vía persuasiva o mediante reclamación judicial.

#### **4. Riesgos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales.**

Una vez se suscriba el contrato, el contratista debe aportar la garantía como requisito para la ejecución del contrato, previa revisión y aprobación de la entidad contratante, para garantizar el pago de los perjuicios como consecuencia del incumplimiento del contrato, los incumplimientos amparados por la garantía única de cumplimiento, independientemente del mecanismo de cobertura del riesgo, es el siguiente:

a.- Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este cubre los perjuicios sufridos por la entidad contratante por la no inversión del anticipo; el uso indebido; la apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato.

b.- Devolución del pago anticipado. Cubre a la entidad contratante de los perjuicios sufridos por la no devolución total o parcial, por parte del contratista, de los dineros que le fueron entregados a título de pago anticipado, cuando quiera que las prestaciones ejecutadas del contrato no cubra total o parcialmente la suma recibida, y el contrato por alguna de las causas previstas no pueda continuar con la ejecución del contrato, por terminación anticipada o por caducidad del mismo.

c.- Cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal incluyendo en ellas el pago de las multas y la cláusula penal pecuniaria, cuando se hayan catado en el contrato. El amparo de cumplimiento cubre a la entidad pública de los perjuicios directos derivados del incumplimiento total o parcial de las obligaciones que surgen del contrato, así como del cumplimiento tardío o extemporáneo, cumplimiento defectuoso cuando quiera que sean imputables al contratista garantizado.

d.- Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. Cubre los perjuicios que le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal utilizado para la ejecución del contrato amparado.

e.- Estabilidad y calidad de la obra. Cubre los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia de cualquier tipo de daño o deterioro, independientemente de su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista estatal.

f.-Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados. El amparo cubre a la entidad estatal contratante de los perjuicios imputables al contrato garantizado derivados de ella mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de conformidad con las especificaciones técnicas estipuladas en el contrato; o por incumplimiento de ellos parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo.

g.- Calidad del servicio. El amparo de calidad cubre los perjuicios que sufre la entidad contratante, y que sean imputables al contratista garantizado que surjan con posterioridad a la terminación del contrato como consecuencia de la mala calidad o insuficiencia de los productos entregados con ocasión de un contrato de consultoría, de la mala calidad del servicio prestado, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en el instrumento contractual.

f.- Los demás incumplimientos de obligaciones que la entidad contratante considere deben ser amparados.

h. La garantía de cumplimiento conforme al artículo 44 de la Ley 610 de 2000, cubrirá los perjuicios causados a la entidad estatal como consecuencia de la conducta dolosa o culposa, o de la responsabilidad imputable a los particulares, derivada de un proceso de responsabilidad fiscal, cuando quiera que esos perjuicios deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato amparado por la garantía; razón por la cual las contralorías tienen el deber de vincular al garante que expida la póliza de garantía, como tercero civilmente responsable.

i.- En los contratos de obra, la entidad pública deberá exigir en aquellos que por su objeto o naturaleza, el otorgamiento de pólizas de seguros que la protejan de las eventuales reclamaciones de terceros derivadas de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir de las actuaciones, hechos u omisiones de su contratista. En los subcontratos autorizados por las entidades públicas, se exigirá al contratista que en la póliza de responsabilidad extracontractual se cubran igualmente los perjuicios derivados de los daños que sus subcontratistas puedan causar a terceros con ocasión de la ejecución de los contratos, en su defecto, que acredite que el subcontratista cuenta con un seguro de responsabilidad civil extracontractual para garantizar el objeto del mismo.

## **5. Responsabilidad fiscal por indebida aprobación de garantías**

La aprobación de las garantías se da en tres momentos en la gestión contractual, la primera cuando la entidad evalúa la oferta durante el proceso de selección, en virtud de la cual debe verificar que la garantía de seriedad del ofrecimiento cumple con los requisitos de la ley y el pliego de condiciones. El segundo momento, se presente luego de la celebración del contrato, donde se debe aportar la garantía única de cumplimiento, y durante la ejecución

del contrato se presenta, cuando se ha aportado la garantía por etapas en el contrato y cuando culmina una etapa como la de preconstrucción por ejemplo, debe aportarse la garantía para la etapa de construcción.

Así mismo, debe aprobarse la garantía cuando se prorroga el plazo, cuando se suscriben adiciones o contratos adicionales, mayores cantidades de obra, y la garantía para amparar las obligaciones pendientes, incorporadas en la liquidación del contrato.

Si la garantía se aprueba, por un mecanismo de cobertura del riesgo distintos de los previstos en la ley en el decreto 4828 de 2008, el Código de Comercio y el pliego de condiciones, en cuantía, vigencia y amparos distintos a éstos y el siniestro ocurre, y la entidad no pudo hacerla efectiva, la cuantificación de los perjuicios ocasionados no indemnizados ni cubiertos por la póliza será el daño patrimonial a exigir por vía de proceso de responsabilidad fiscal, contra el gestor fiscal que incurrió en la omisión dolosa o culposa.

## **6. Responsabilidad fiscal por la no reposición de la garantía**

Teniendo en cuenta la naturaleza del mecanismo de cobertura del riesgo, siempre que durante la ejecución del contrato, se disminuya el valor amparado, ya sea porque se hizo efectiva de manera parcial la garantía aportada, o porque los bienes aportados a la fiducia en garantía hayan perdido su valor en cuantía inferior al 70%, la entidad pública deberá disponer, una vez haga efectiva parcialmente la póliza de garantía que se reponga hasta completar su valor inicial, y que se aporten nuevos bienes hasta completar el valor a amparar. Si esto no se hace y ocurre el siniestro, la entidad se queda sin amparo y por ende sin cobertura de los perjuicios ocasionados y su cuantía dará lugar al daño patrimonial recuperable por proceso de responsabilidad fiscal.

## **7. Responsabilidad fiscal por la insuficiencia de la garantía, en el plazo, cobertura y cuantía.**

Si el gestor fiscal en el momento en que tenga que aprobar la garantía correspondiente, lo hace con vigencia y plazo inferior al previsto en la norma jurídica, así como en cuantía y objeto de cobertura inferior a las legal y reglamentariamente exigidas, incurre en daño patrimonial resarcible a través del proceso de responsabilidad fiscal, siempre que ocurra el siniestro y no se pueda hacer efectiva, porque la aprobación indebida dejó por fuera el amparo afectado con la ocurrencia del siniestro.

## **8. Responsabilidad fiscal por prescripción de la garantía.**

Expedido el acto administrativo que declara la efectividad de la garantía, constituida por los distintos mecanismos de cobertura del riesgo, y una vez declarado ejecutoriado, la entidad contratante debe disponer lo necesario para que los efectos del mencionado acto administrativo se cumplan, esto es, el cobro persuasivo en primer lugar, que consiste en que el contratista haga la reparación del daño ocasionado y por la cuantía y condiciones establecidas en el acto administrativo; y si esto no fuere posible la entidad solicitará entonces el pago del dinero con el que directamente realice las reparaciones, o recuperar su valor si las reparaciones ya fueron realizadas. Pero si la garantía está constituida por fiducia,, depósito bancario, endoso de títulos valores y garantía bancaria a primer requerimiento, la entidad en este caso, solicitará a la entidad fiduciaria, a la entidad bancaria y al depositario de los títulos, el pago correspondiente.

Si no fuere posible los anterior, la entidad debería iniciar el proceso de ejecución ante la



jurisdicción contencioso-administrativa, pues el acto administrativo ejecutoriado presta mérito ejecutivo.

#### **9. Cláusula de indemnidad de la garantía.**

Esta cláusula, consiste en la estipulación obligatoria, que debe pactar de manera expresa todas las partes en un contrato estatal, que consiste en que el contratista debe mantener a la entidad pública contratante indemnes de cualquier reclamación privada, administrativa o judicial proveniente de terceros que tenga como causa las actuaciones del contratista, tales como los daños que le ocasione el contratista a terceros en desarrollo del contrato estatal.

La cláusula de indemnidad, no es una cláusula presunta, porque éstas sólo son las cláusulas excepcionales previstas en el artículo 14 de la ley 80 de 1993, luego para que se entienda pactada deberá pactarse expresamente. El artículo 6 del decreto 4828 la establece como un deber de la entidad pública de pactarla, sopean de incurrir en incumplimiento de los deberes legales, y ello configura para el servidor público una falta disciplinaria gravísima, y una indebida gestión fiscal que le derivará un proceso de responsabilidad fiscal en el evento en el que por no pactarla la entidad resulte corresponsable con el contratista de daño ocasionados a terceros.

#### **10. Suficiencia de la garantía contractual.**

Las exigencias y requisitos previstos por el artículo 7 del decreto 4828 de 2008, en relación a la suficiencia de la garantía para que el gestor fiscal proceda a aprobarlas de manera legal, en relación a la vigencia, porcentaje, ampara, rubro y contenido y fase de la gestión contractual.

### **10.1 Seriedad del ofrecimiento.**

El valor de la garantía de seriedad del ofrecimiento no podrá ser inferior al 10% del monto de las propuestas o del presupuesto oficial estimado, según lo señale el pliego de condiciones, y su vigencia se extenderá desde el momento de la presentación de la oferta hasta la aprobación de la garantía que ampara los riesgos propios de la etapa contractual.

Si se trata de concesiones de los espacios de televisión, el monto mínimo de la garantía ascenderá al 1.5% del valor total estimado del espacio solicitado. Cuando el presupuesto oficial estimado se encuentre entre uno o cinco millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor garantizado de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al 2.5 del presupuesto oficial estimado.

Cuando el presupuesto exceda de 10 millones de salarios mínimos legales mensuales vigentes, el valor garantizado respecto de la seriedad del ofrecimiento podrá ser determinado por la entidad contratante en el pliego de condiciones, en un porcentaje que no podrá ser inferior al 2.0% del presupuesto oficial estimado. La suficiencia de esta garantía será verificada por la entidad contratante al momento de la evaluación de las propuestas. Si la garantía de seriedad del ofrecimiento no se presenta junto con la oferta será motivo de rechazo de la oferta, sin perjuicio de que se pueda subsanar algún componente de ella que no implique mejora de la propuesta.

### **10.2 Buen manejo y correcta inversión del anticipo.**

El valor de ésta garantía deberá ser igual al 100% del monto que el contratista reciba a título de anticipo, en dinero o en especie, para la ejecución del contrato y, su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.

### **10.3 Pago anticipado.**

El valor de ésta garantía deberá ser equivalente al 100% del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado, en dinero o especie, y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del mismo.

### **10.4 Cumplimiento.**

El valor de ésta garantía será como mínimo equivalente al monto de la cláusula penal pecuniaria, y en todo caso, no podrá ser inferior al 10% del valor total del contrato. El contratista estatal deberá otorgarla y aportarla con una vigencia igual al plazo del contrato garantizado más el plazo contractual previsto para la liquidación del contrato; y en caso de haberse convenido término contractual para liquidar el contrato, la garantía deberá mantenerse vigente por el término legal previsto para ese efecto.

### **10.5 Pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.**

El valor de ésta garantía no podrá ser inferior al 5% del valor total del contrato y deberá extenderse por el plazo del contrato y tres años más, ya que este es el término de la prescripción de la acción laboral.

### **10.6 Estabilidad y calidad de la obra.**

El valor de ésta garantía la determinará la entidad pública en el pliego de condiciones, en cada caso en particular de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato; y la vigencia no será inferior a cinco años, salvo que la entidad pública contratante mediante justificación técnica la necesidad de una vigencia inferior.

#### **10.7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados.**

La entidad pública en el pliego de condiciones y en el contrato establecerá en cada caso concreto de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en cada contrato, su plazo, porcentaje y valor amparado del contrato.

#### **10.8. Calidad del servicio.**

La entidad pública en el pliego de condiciones y en el contrato, deberá establecer el plazo, vigencia, valor y porcentaje amparado, de acuerdo con el objeto, el valor, la naturaleza y las obligaciones contenidas en el contrato.

#### **10.9 Pólizas que garantizan la responsabilidad extracontractual.**

El valor asegurado en las pólizas de garantías que amparan la responsabilidad civil extracontractual que se pudiera llegar a atribuir a la administración con ocasión de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas, no podrá ser inferior al 5% de la valor del contrato, pero en ningún caso podrá ser inferior a 200 salarios mínimos legales mensuales al momento de la expedición de la póliza y la vigencia sea la de todo el plazo de ejecución del contrato.

Las pólizas que garanticen la responsabilidad extracontractual deben cumplir los siguientes requisitos, conforme al artículo 16 del decreto 4828 de 2008.

a.- Modalidad e intervinientes. Debe contener la delimitación temporal de la cobertura deberá hacerse bajo la modalidad de ocurrencia, sin que sea admisible establecer, para que haya cobertura, plazos dentro de los cuáles deba presentarse la reclamación del damnificado al asegurado inferiores a los términos de prescripción para la acción de responsabilidad correspondiente. En ellas tendrán la calidad de asegurados la entidad contratante y el contratista, limitado ello únicamente a los daños producidos por el contratista con ocasión de la ejecución del contrato amparado, y serán beneficiarios tanto la entidad contratante como los terceros que pueden resultar afectados por la responsabilidad extracontractual del contratista o sus subcontratistas.

b.- Amparos. La póliza de responsabilidad extracontractual deberá contener como mínimo, en adición a la cobertura básica de predios, labores y operaciones, los siguientes amparos:

- Cobertura expresa de los perjuicios que cause el asegurado tanto en la modalidad de daño emergente, como en la modalidad de lucro cesante.

- Cobertura expresa de la responsabilidad surgida por actos de contratistas y subcontratistas, salvo en el evento en que el subcontratista tenga su propio seguro de responsabilidad extracontractual, con los mismos amparos aquí requeridos.

- Cobertura expresa de amparo patronal.

- Cobertura expresa de vehículos propios y no propios.

-Mecanismos de participación en la pérdida, por parte de la entidad asegurada., en la que sólo se puede pactar un 105 de deducible, y se tendrán por no pactada las franquicias, coaseguros obligatorios y demás formas de estipulación que conlleven asunción de parte de la pérdida por la entidad asegurada.

-Protección de los bienes. Si con ocasión de la ejecución del contrato la entidad encuentra que existe riesgo de daño en sus bienes, deberá exigir a su contratista en la póliza de responsabilidad extracontractual, la contratación de un enero de responsabilidad contractual que cubra los daños a esos bienes que se puedan generar con ocasión del contrato y el valor asegurado se establecerá a criterio razonable y proporcional de la Entidad.

#### **11. Procedimiento administrativo de aplicación de la efectividad de la garantía.**

Como quiera que el contrato estatal, puede estar cubierto por distintos mecanismos de cobertura del riesgo, conforme al artículo 3 del decreto 4828 de 2008, que dispuso que éstas son las pólizas de seguros, fiducia mercantil en garantía, garantía bancaria a primer requerimiento, endoso en garantía de títulos valores y el depósito de dinero en garantía.

Si la garantía es una póliza de seguros, debe tenerse en cuenta que la entidad pública, una vez detecte la ocurrencia del siniestro, deberá iniciar el procedimiento administrativo a mediante providencia de sustanciación en donde se acredite el contrato, el mecanismo de cobertura del riesgo, el otorgante o tomador y la compañía aseguradora garante, así como la apruebas que documente la ocurrencia del siniestro. La mencionada providencia debe aplicar el procedimiento administrativo previsto en el libro primero del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y deber ser notificado

tanto al contratista como a la compañía aseguradora. Si el oferente o contratista es singular basta con la notificación al representante legal del contratista ya sea persona jurídica o natural; pero si se trata de un oferente o contratista plural, si es consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, deberá notificarse el representante legal del contratista, y a cada uno de los representantes legales de los miembros de la oferta o contratista plural.

La compañía aseguradora como garante, tiene el derecho a ser notificada de todas las actuaciones, y es parte de todas las actuaciones, y titular de todos los recursos y del debido proceso y el derecho de defensa, al punto que si la póliza de garantía fue expedida a través de un coaseguro, se deberá notificar a todas las compañías aseguradoras que hayan expedido la respectiva póliza de garantía.

El garante como parte y sujeto de la actuación administrativa, puede al igual que el contratista alegar el cumplimiento del contrato, e incluso una vez ejecutoriado el acto administrativo que hace efectiva la garantía, puede demandar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la legalidad del acto, sin perjuicio de la reparación, pago, o de defensa ante el proceso ejecutivo que se inicie ante el juez administrativo correspondiente.

Pero si se trata de garantías como la fiducia mercantil, la garantía bancaria a primer requerimiento, el endoso en garantía de títulos valores y el depósito de dinero en garantía, la entidad adelanta todo el procedimiento administrativo, al que vincula al oferente o contratista singular o plural a quien tiene que garantizarle el derecho al debido proceso, derecho a la defensa, el derecho al contradictorio; pero en relación al garante no tiene que vincularlo, puesto que la naturaleza de ésta garantía es diferente a la póliza de seguros, pues la compañía aseguradora ten caso de la declaración del siniestro por incumplimiento, en los

casos de caducidad puede asumir directamente el contrato, mientras que en los casos de las demás garantías, estos jamás podrán asumir el contrato continuar la ejecución del contrato. Los otros garantes son terceros, que estarán para garantizar el pago del valor de los perjuicios, razón por la cual no pueden alegar el cumplimiento del contratista y deberán atenerse a los efectos del acto administrativo ejecutoriado que declara la garantía.

En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante, proferirá el acto administrativo correspondiente, en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. El acto administrativo es constitutivo del siniestro de las garantías otorgadas mediante póliza de seguros.

En caso de aplicación de multas, una vez garantizado el debido proceso y el derecho de defensa, de contradicción del contratista y su garante, proferirá el acto administrativo de imposición de multas y ordenará su pago tanto al contratista como a su garante. En este caso el acto administrativo igualmente constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguros.

En los otros casos de incumplimiento, la entidad luego de garantizar el debido proceso al contratista y a su garante, expedirá el acto administrativo de declaración de incumplimiento y procederá a cualificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. En este caso el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguros.



## **12.Excepciones al otorgamiento del mecanismo de cobertura del riesgo.**

Las garantías no son obligatorias, por disposición del artículo 8 del decreto 4828 de 2008, en los siguientes casos:

- En los contratos de empréstitos.
- En los contratos interadministrativos.
- En los contratos de seguros.
- En los contratos cuyo valor sea inferior al 10% de la menor cuantía prevista para cada entidad, conforme al presupuesto de cada entidad expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes. En cada caso la entidad deberá establecer la necesidad o nó de exigirla, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato y a la forma de pago.

En mi sentir, si bien la norma le da la facultad a la entidad de exigirla o nó, mi consejo es que la pida siempre, con eso jamás el operador jurídico queda en manos del funcionario de turno, porque de ocurrir el siniestro puede concluir con el poder que le da el ejercicio del cargo que preciso en ese caso si debió exigirlo y que el estudio que determino lo contrario no correspondió a la realidad. Si bien se puede demandar la decisión ante el juez, si lo que se quiere prevenir, es mejor que el funcionario gestor fiscal no se exponga al criterio del juzgador de turno.

## **13. Excepciones al principio de indivisibilidad de la garantía y combinación de garantías.**

El artículo 9 del decreto 4828 de 2008, dispone que en los contratos de obra, operación,

concesión y en general en todos aquellos en los cuáles el cumplimiento del objeto contractual se desarrolle por etapas subsiguientes y diferenciadas o cuya ejecución en el tiempo requiere dividir las etapas, tales como etapa de preconstrucción; construcción, rehabilitación; operación y mantenimiento; la entidad pública contratante en el pliego de condiciones y en las estipulaciones del contrato estatal podrá dividir la garantía, siempre que el plazo del contrato sea o exceda de cinco años; teniendo el deber el contratista de otorgar garantías individuales por cada una de las etapas a ejecutar.

La garantía deberá ser otorgada por un plazo como mínimo el mismo de la vigencia del contrato, para la ejecución de la etapa correspondiente, y si el plazo es prorrogado la garantía debe extenderse por el mismo valor.

#### **14. Aprobación, restablecimiento, ampliación e incumplimiento de las obligaciones del contratista relativas a mantener la suficiencia de la garantía.**

Antes de que se inicie la ejecución del contrato, la entidad deberá aprobar la garantía, conforme a la verificación del cumplimiento de las condiciones legales y reglamentarias propias de cada instrumento y ampare los riesgos establecidos para cada caso.

Los contratistas para amparar las obligaciones adquiridas con la presentación de la oferta o la celebración del contrato, podrán combinar cualquiera de las modalidades de garantías admisibles, esto es que un rubro como el de anticipo o pago anticipado se ampare, con póliza de seguros, otro como el de cumplimiento se ampare con fiducia en garantía, garantía bancaria, endoso de títulos valores.

El oferente o contratista según el caso, deberá restablecer el valor de la garantía cuando éste

se haya visto reducido por razón de las reclamaciones efectuadas por la entidad contratante, y es lo que se conoce como reposición del mecanismo de cobertura del riesgo.

Por último, una vez iniciada la ejecución del contrato, en caso que el contratista incurra en el incumplimiento de la obligación contractual de ampliar la garantía, o de la obligación de obtener su renovación o de la obligación de restablecer su valor o de aquella de otorgar una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones que surjan por razón de la celebración, ejecución y liquidación del contrato, la entidad contratante podrá declarar la caducidad del mismo.

## **CONTROL FISCAL Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES.**

La ley 80 de 1993 establece la posibilidad de dirimir y resolver las controversias que se presenten en las distintas etapas del contrato a través de métodos alternativos de solución de conflictos, a fin de garantizar los principios que el mismo precepto impone, como lo son la solución ágil, rápida y directa de las discrepancias que se susciten entre las partes, según lo dispone el artículo 68 de la citada ley, el cual señala:

*ARTICULO 68. DE LA UTILIZACION DE MECANISMOS DE SOLUCION DIRECTA DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Las entidades a que se refiere el artículo 2o del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.*

*Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.*

*PARAGRAFO. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.*

Así mismo, el artículo siguiente del referido Estatuto, insta una prohibición a las entidades públicas, de vedar la utilización de los mecanismos de solución de controversias, la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos, frente a las discrepancias surgidas en los contratos estatales.

El uso de estos mecanismos alternativos, parte de la habilitación constitucional existente sobre el tema, contemplada en el artículo 116 superior, según la cual el particular puede ser investido en el ejercicio transitorio de funciones públicas, y específicamente de funciones jurisdiccionales. En tal sentido el artículo 116 contempla:

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

Dentro de este tipo de mecanismos encontramos: el arreglo directo, la amigable composición, el arbitraje, la conciliación y la transacción; los cuales serán desarrollados en el presente capítulo, estableciendo sus características, y paralelo a ello, las repercusiones que su utilización pueden generar en el marco del ejercicio del control fiscal.

## **1. Arreglo Directo**

El sustento normativo de este mecanismo lo encontramos consagrado en la Ley 80 de 1993, artículo 4 #9, artículo 25#14, 27 inciso 2, y artículos 68 y 69.

Es denominado igualmente acuerdo directo o negociación directa. Consiste en una negociación de tipo extrajudicial, efectuada directamente por la partes, sin la intervención de terceros, a través de la cual sobre asuntos transigibles, y por medio de concesiones mutuas, las partes llegan a un acuerdo sobre un conflicto que ya se ha suscitado o frente a un litigio que pueda presentarse.

El acuerdo logrado por las partes como resultado de este mecanismo, será consignado en un contrato de transacción con todas sus características, y lo en el contenido será de obligatorio cumplimiento; en tanto el mismo presta mérito ejecutivo y hace transito a cosa juzgada.

Dentro del desarrollo del arreglo directo confluyen: Las partes, los intereses o deseos de las partes, las opciones que tengan las partes, la diferencia o problema que tengan las partes

Esta figura es utilizada principalmente en el marco del derecho laboral, a fin de dirimir las controversias laborales existentes ente el empleador y el trabajador y/o el sindicato, en tanto se establece la obligatoriedad de agotar esta etapa de arreglo directo antes de acudir al arbitramento.

Así mismo debe señalarse que lo que hace verdaderamente especial a este mecanismo, es que el acuerdo al que se llegue debe provenir de concesiones mutuas otorgadas por las partes a fin de poner acabar con una discrepancia entre ellas surgida.

Sobre el tema en particular de la responsabilidad fiscal de cara a este mecanismo, debe tenerse en cuenta que el acuerdo debe versar sobre hechos contractuales sucedidos durante la ejecución del contrato, partiendo del supuesto que el mismo tiene respaldo en cláusulas

contractuales, esto es que la administración mediante arreglo directo acuerda cancelar los intereses corrientes y /o moratorios pactados en un tiempo determinado, un acuerdo de reajuste de precios pactado, y/o un reconocimiento económico pactado con el contratista.

El acuerdo recae sobre la cuantificación económica, el tiempo y si es posible, transigir en el sentido que el contratista renuncie al cobro de algunos de sus derechos económicos.

Luego el control fiscal y el daño patrimonial, recaen sobre el supuesto de un arreglo directo carente de respaldo en el contrato, por ejemplo sobre el pago de intereses no pactados. No obstante, el hecho del pago de intereses pactados no puede constituir detrimento patrimonial, cuando la causa que lo origina depende de asuntos presupuestales propios de la administración tales como disponibilidad y registro presupuestal; estas son las cargas que debe asumir la administración por las regulaciones, y la naturaleza inherente al manejo del presupuesto.

Escenario distinto al anterior se presenta cuando la administración, teniendo el deber de pagar en tiempo, por negligencia y sin justificación alguna no lo hizo teniendo las apropiaciones y la disponibilidad presupuestal.

El arreglo puede consistir en una suma económica a favor de la administración, no obstante en su negociación esta puede transigir en una suma menor, teniendo en cuenta la alea de un proceso, la posibilidad de costos en el tiempo, los costos de un litigio, las agencias en deudas bancarias presupuestales, la prima de éxito, y los costos procesales.

## **2. Amigable componedor.**

La definición legal de esta figura la encontramos contemplada en el Decreto 1818 de 1998 el cual establece:

*ARTICULO 223. DEFINICION. La amigable composición es un mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. El amigable componedor podrá ser singular o plural (artículo 130 Ley 446 de 1998).*

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido y precisado en múltiples sentencias el entendimiento y alcance que debe dársele al artículo precedente. Entre la jurisprudencia existente, se toma como referencia la sentencia SU-091 de 2000, en tanto la misma hace un análisis amplio, en el cual se determina el concepto y las principales características de la figura. En tal sentido la providencia señala:

*“Es un mecanismo de autocomposición, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, de carácter contractual, que no reviste el ejercicio de una función pública, ni función estatal judicial el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular, y que concluye en un acuerdo o convecino que tiene los efectos de transacción.”*

De lo anterior se extraen las características con que cuenta el amigable componedor, entre las cuales tenemos: Es la delegación que hacen 2 o más particulares, en un tercero denominado amigable componedor (singular o plural), de la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas y con los efectos legales de la transacción, el Estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular, las partes pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede

ser persona natural o jurídica. La designación del o de los componedores puede ser efectuada por las partes, o que estas deleguen en un tercero su designación, según lo establecido en el artículo 225 del decreto de la referencia.

Así mismo, de la lectura de la múltiple jurisprudencia existente sobre el tema se puede concluir, que la amigable composición es un mecanismo de autocomposición; que es eminentemente contractual, y que se haya exento de formalidades, en razón a que los amigables componedores no requieren contar con calidades especiales para serlo, en su ejercicio no se encuentran obligados a seguir un procedimiento especial, y las partes pueden o no cumplir la decisión de los amigables componedores, no obstante en caso de no cumplirla equivale a una autocomposicion de la litis.

Así pues, el amigable componedor es un mandato que recibe el tercero de las partes dueñas de las controversias, en el cual las partes acuerdan acoger la decisión del tercero designado para resolverlas. Teniendo presente con ello que las controversias contractuales siempre deben ser resueltas de acuerdo a las estipulaciones del contrato.

Igualmente debe precisarse que cuando el fallo contiene un alcance económico en contra del patrimonio público debe tenerse en cuenta la causa que lo origina; esto es que si ocurre por culpa grave o dolo de la administración en la ejecución del contrato, podrá enmarcarse como una gestión fiscal antieconómica, pero si la causa la originan hechos contractuales ajenos a estas circunstancias y el amigable la califica como hechos contractuales normales y propios de una gestión contractual, son cargos económicos que la administración como parte en el contrato debe soportar.



### 3. Arbitraje:

La definición general de este mecanismo alternativo de solución de conflictos la encontramos contempladas en el artículo 111 de la ley 446 de 1998 compilado en el decreto 1818 de 1998 bajo el artículo 115, el cual establece:

*“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente. En este evento el árbitro deberá ser abogado inscrito. El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad. Cuando los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio, el arbitraje es técnico. PARAGRAFO. En la cláusula compromisoria o en el compromiso, las partes indicarán el tipo de arbitraje. Si nada se estipula, el fallo será en derecho”*

Así mismo la Corte Constitucional en sentencia C- 431 de 1995 ha señalado que *“El acto arbitral puede definirse como aquel por medio del cual una persona o varias a nombre del Estado, en ejercicio de una competencia atribuida por este y consultando solo el interés superior del orden jurídico y la justicia, definen el derecho aplicable a un evento concreto, luego de haber comprobado los hechos y de inferir una consecuencia jurídica, cuyo rasgo esencial es el efecto del transito a cosa juzgada.”*

Por su parte, en cuanto a la naturaleza del arbitraje el Tribunal Constitucional en la sentencia T-058 de 2009 determinó: *El arbitraje: (i) es el ejercicio de la función pública de administrar justicia en cabeza de particulares habilitados para el efecto; (ii) tiene origen en la voluntad de las partes que deciden libremente someter sus diferencias a la decisión directa de árbitros; (iii) en consecuencia,*

*su naturaleza es temporal y transitoria, pues las actuaciones arbitrales terminan una vez se da por solucionada la controversia; (iv) los fallos son en derecho o en equidad; y (v) el legislador tiene amplias facultades para definir los términos bajo los cuales se configura este tipo de justicia.*

De la exclusión del conocimiento de las controversias suscitadas en virtud de la expedición de un acto administrativo con ocasión del contrato estatal en cualquiera de sus fases del conocimiento de un tribunal de arbitramento, y de no exclusiva competencia del juez administrativo por titulares del control de legalidad de los actos de la administración

### **3.1 Tipos de arbitraje**

1. En razón a la *naturaleza* del arbitraje, este podrá ser en derecho, en equidad o técnico. Según lo establecido en el Decreto 2279 de 1989 y en la sentencia Consejo de Estado. Sec. Tercera. M.P. Alier Hernández Enríquez. Rad. 21217 Julio 4 de 2002:

*“el arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. En el primer caso deben fundamentar su decisión en el derecho positivo vigente; en el segundo deben decidir según el sentido común y la equidad, y en el tercero, se pronuncian en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio”*

Cabe anotar, que el arbitraje en derecho debe ser realizado ante abogados inscritos, y que en el arbitraje técnico, ante discrepancias de naturaleza técnica, la solución se logra a partir del criterio científico de los expertos designados para tal fin, la cual tendrá el carácter de definitiva.

2. En razón a las *normas aplicables* al arbitraje, este podrá ser independiente, institucional o legal. En tal sentido, será independiente cuando las partes acuerden autónomamente las

reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, cuando se someten a un procedimiento previamente establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando ante la inexistencia de acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes.

3. En razón al *número de árbitros* que intervengan en el proceso, el arbitraje podrá ser llevado ante árbitro único o frente a Tribunal de arbitramento. La generalidad sobre el tema según lo establecido en el artículo 70 del Estatuto es que el arbitraje sea llevado a cabo por un Tribunal conformado por 3 árbitros, y que solo excepcionalmente sea llevado por un árbitro único si las partes así lo deciden. En todo caso en caso de optarse por la figura del Tribunal, este debe estar conformado por un número impar de árbitros a fin de que ante la falta de consenso sobre la temática objeto de revisión puedan tomarse decisiones al interior del mismo.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Así mismo dentro del estudio de esta figura, debe precisarse que en desarrollo del artículo 4, y del artículo 116 de la Constitución, la ley 80 de 1993 autoriza a la justicia arbitral para resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo o terminación, liquidación (Art. 70 y 71). No obstante, existen materias que se encuentran excluidas como objeto del arbitramento, como lo es la legalidad de los actos administrativos que forman parte de una controversia, en tanto estos se constituyen en la manifestación de un poder exorbitante de la administración.

### **3.2 La Cláusula compromisoria y el Compromiso.**

Al arbitraje puede llegarse por medio de dos vías disímiles en su naturaleza y en el tiempo de su constitución. Por un lado, este puede ser establecido desde la suscripción del contrato, previo a la confrontación entre las partes, caso en el cual se habla de cláusula compromisoria; por su parte, si se constituye una vez surgida la controversia, a falta de pacto de cláusula compromisoria, se habla de compromiso.

Así mismo vale diferenciar que, mientras la cláusula compromisoria como su nombre lo indica es una estipulación contenida en un contrato a través de una cláusula, el compromiso es en sí mismo un contrato.

En tal sentido el Estatuto General de la Contratación Estatal contempla en su articulado estos mecanismos estableciendo en los numerales 70 y 71 lo relativo a la cláusula compromisoria y compromiso respectivamente. Sobre la cláusula compromisoria determina:

*ARTICULO 70. DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA. En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.*

*El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro.*

*De este precepto normativo se extrae el imperativo que se fija a los árbitros de fallar únicamente en derecho cuando el arbitramento recaiga sobre las distintas diferencias que puedan surgir en virtud del desarrollo de las fases de un contrato estatal.*

*ARTICULO 71. DEL COMPROMISO. Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.*

*En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo.*

Esta norma nos señala, la posibilidad que existe de convocar en cualquier tiempo del desarrollo de un contrato un arbitramento, e igualmente el contenido con que debe contar el escrito de compromiso; es decir las disposiciones normativas y el procedimiento a los que estarán sujetos los árbitros, el número de árbitros que lo conformaran, la forma como serán designados los árbitros, la duración del arbitraje, la sede del arbitramento, entre otras.

Frente a la duración del arbitraje se debe anotar que los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

La solicitud de arbitraje se efectúa por medio de escrito dirigido al Director del Centro de Conciliación y Arbitraje que se haya acordado en la cláusula compromisoria, o en su defecto el señalado en el compromiso. Este escrito debe contener, entre otros, los hechos que originaron la diferencia, las pretensiones, y las pruebas en las que fundamenta su petición.

### **3.3 El laudo arbitral**

El procedimiento llevado por el Tribunal arbitral pone fin al litigio ocasionado entre las partes a través de un laudo arbitral; laudo que se constituye en providencia de obligatorio cumplimiento para las partes, y al cual se le atribuyen los mismos efectos con que cuenta una sentencia judicial.

En tal sentido en la Sentencia C-247 de 1997 el Tribunal Constitucional estableció:

*“[L]a decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad.”*

*No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia”*

No obstante los efectos señalados con los que cuenta el laudo arbitral resultante del proceso arbitral, este puede ser objeto de la solicitud de anulación presentada por alguna de las partes, en atención a las causales establecidas en el artículo 72 del Estatuto en el que se determina:

*ARTICULO 72. DEL RECURSO DE ANULACION CONTRA EL LAUDO ARBITRAL. Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el Tribunal de Arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente. El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Son causales de anulación del laudo las siguientes: 1o. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos. 2o. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*

*3o. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el Tribunal de Arbitramento.*

*4o. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.*

*5o. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*

*El trámite y efectos del recurso se regirán por las disposiciones vigentes sobre la materia.*

En tanto los laudos arbitrales son equivalentes a las sentencias judiciales tal como ha sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, las partes paralelo al recurso de anulación del laudo arbitral, el cual cuenta con causales taxativamente establecidas, podrán acudir como mecanismo judicial excepcional a la tutela, siempre y cuando se incurra en una vía de hecho en la actuación, de forma tal que con la misma se afecten derechos fundamentales. En este sentido la Corte Constitucional en la providencia T-443 de 2008 expreso:

*“Teniendo en cuenta el respeto que merece la voluntad de las partes de someter sus controversias a la justicia arbitral y la procedencia restrictiva de las vías judiciales para controlar las decisiones proferidas por los árbitros, es claro que por regla general, la acción de tutela no procede ni contra los laudos arbitrales ni contra el procedimiento que se adelanta ante los tribunales de arbitramento, ni contra las decisiones judiciales que resuelven los recursos de anulación, salvo que se incurra claramente en una vía de hecho en dichas actuaciones, que implique una vulneración de derechos fundamentales”*

Frente al tema en particular del control fiscal a los laudos arbitrales, tenemos que estos implican un costo y que este se agota de los honorarios del abogado de la administración, las agencias en derecho, los honorarios de un árbitro y de los costos procesales.

El control fiscal a estas erogaciones debe realizarse sobre un análisis de costo beneficio por parte de la administración, entre el valor de las pretensiones del proceso arbitral, los costos de este, y las resultas de contenido económico del laudo arbitral. Con ello, si el fallo es favorable a la administración, los costos del Tribunal se constituyen en la herramienta que le permitió a la administración cobrar unas deudas económicas propias, que aun siendo inferiores al costo del tribunal le permitió solucionar unas controversias que bien puede someterse a un juez administrativo donde por un largo tiempo la administración las tenía que sostener.

Así mismo, si el laudo condena a la administración como parte del contrato, debe ser en respuesta y tener sustento en regulaciones contractuales. Si esto por culpa grave o dolo de un agente estatal, podría derivar en un acción de repetición, que bien puede exigirla a la administración. Por tanto, solo procede el proceso de responsabilidad fiscal, si existiendo los presupuestos para intentar la acción de repetición el ente decide no hacerlo. No obstante, sino se agota este presupuesto no puede el ente de control fiscal iniciar por la solo expectativa del acto, proceso de responsabilidad fiscal alguna.

#### **4. Conciliación.**

La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. (Artículo 64 Ley 446 de 1998). Con este mecanismo se busca definir una situación o relación jurídica, creándola, modificándola, o dándola por terminado en beneficio de ambas partes.



Así pues, este mecanismo de autocomposición contempla de un lado las partes en conflicto, y de otra, un tercero neutral e imparcial denominado conciliador quien actúa facilitando el diálogo entre las partes, proponiendo formulas de arreglo o acuerdo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para las partes.

El conciliador será un tercero que deberá gozar de imparcialidad, y podrá serlo un juez, un funcionario público o un particular. Así mismo debe anotarse que los conciliadores les es aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades a que se encuentran sujeto los jueces.

La conciliación puede ser llevada a cabo antes de un proceso o en el transcurso de él; de ello se desprende la clasificación de conciliación judicial y extrajudicial.

De la conciliación será levantada un acta en la cual se consignará el trámite llevado a cabo con las partes a fin de que las mismas llegaren a un acuerdo; acta que tiene los efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. El efecto de cosa juzgada implica que los hechos no puedan ser de nuevo objeto de debate a través de un proceso judicial o de otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. Por su parte que preste mérito ejecutivo implica que toda obligación clara expresa y exigible consignada en el acta podrá ser exigida a la parte responsable, en tanto es de obligatorio cumplimiento para la misma.

La conciliación como acto de administración de justicia tiene como características el ser consensual y solemne en tanto se perfecciona con el consentimiento, pero se impone que el acuerdo sea consignado en un acta como requisito ad probationem; bilateral tanto en su formación como en sus efectos; onerosa o gratuita según la naturaleza de que se esta

debatiendo, conmutativa, de libre discusión, y es un acto nominado porque existen normas claras y precisas que la regulan.

Existe una tendencia que se afianza de acudir cada vez más a este mecanismo en tanto significa un ahorro de tiempo y de dinero significativo para las partes, en tanto no es un tercero sino ellas mismas quienes deciden la solución de la controversia, y por cuanto el acta contiene lo necesario para surtir sus efectos.

#### **4.1. Conciliación Extrajudicial.**

La conciliación extrajudicial es aquella que se efectúa sin que medie proceso sobre el asunto entre las partes. Esta conciliación es realizada en un Centro de Conciliación extrajudicial autorizado, ante un tercero neutral e imparcial llamado conciliador extrajudicial, quien se encuentra capacitado en técnicas de negociación y en mecanismos alternativos de solución de conflictos, acreditado ante el Ministerio de Justicia y adscrito a un Centro de Conciliación Extrajudicial público o privado, y en la cual actúan las personas naturales involucradas personalmente sin necesidad de apoderado

La inasistencia de ambas partes da por concluido el proceso de conciliación extrajudicial, y se constituye en requisito de admisibilidad de la demanda.

La conciliación extrajudicial puede ser desarrollada en virtud de la existencia de un requisito de procedibilidad o por voluntad propia de las partes.

El Artículo 35 de la Ley 640 de 2001 establece que en los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para

acudir ante las jurisdicciones civiles, administrativas y de familia.

Por su parte, en virtud de la expedición de la Ley 1285 del 22 de Enero del 2009, se constituye como requisito de procedibilidad la conciliación de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A, entre las que se encuentran las acciones contractuales; por ende, deberá agotarse como primera medida el trámite conciliatorio extrajudicial que debe surtirse frente a la Procuraduría General de la Nación.

#### **4.2. Conciliación Judicial.**

La conciliación judicial a grandes rasgos busca hacer un enfoque preciso de las pretensiones de las partes contempladas en la demanda o en la contestación.

Esta es efectuada ante un Juzgado de Paz, Juzgado de Paz Letrado o un Juzgado Especializado, en el marco de un proceso judicial, se constituye una etapa mas del proceso judicial, y en ella las persona natural podrá actuar mediante apoderados o representantes. La inasistencia de ambas partes abre las puertas de la audiencia de pruebas.

En el acta se consignara la formula de conciliación propuestas por el juez y no aceptadas por las partes, mencionando además la parte que no presto su conformidad a la misma. Conforme al artículo 43 de la ley 640 de 2001, en cualquier momento del proceso puede llevarse a acabo la audiencia de conciliación, sí así lo piden las partes de común acuerdo, lo cual no obsta para que el juez lo solicite de oficio.

La conciliación prejudicial tiene la particularidad de que se hace en presencia de un agente del ministerio público y las partes, quien es el director de la audiencia, consolida el acuerdo

o deja constancia de las razones por las que no soporto la conciliación. A renglón seguido, el acuerdo consignado en un acta es enviado al control de legalidad del juez administrativo.

Por su parte, la conciliación judicial se hace ante el juez administrativo respectivo sometido a una aprobación judicial posterior, lo que equivale a una sentencia

El control fiscal a la conciliación se hace de la misma manera como la sentencia en contra del Estado, porque el auto del juez que lo aprueba tiene los efectos de una sentencia que hace transito a cosa juzgada. Es decir sobre esta procede la acción de repetición y solo si esta no la intento, y si ya caducó, la contraloría puede intentar el proceso de responsabilidad fiscal si esto origina la acción fiscal.

La aprobación por parte del juez del acuerdo conciliatorio prejudicial o judicial recae sobre dos puntos. La revisión de la legalidad del acuerdo, es decir que encuentra sustento en dos estipulaciones del contrato, en las pruebas presentadas, y que el acuerdo no sea lesivo a los intereses patrimoniales del Estado; dejando presente que esta calificación no es una valoración subjetiva del juez ni del contralor, sino que hace relación a la justificación y la relación costo beneficio del acuerdo.

Debe precisarse que una vez aprobado por el juez el acuerdo, este no puede ser objeto de un proceso de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría. No obstante, el contralor podrá formular las denuncias disciplinarias y penales contra el juez, o intentar demandar la actuación del juez a través de la creación de reparación directa, por falta en la prestación de servicios y/o administración defectuosa de la justicia.

Igualmente, si el fallo contiene los presupuestos de la acción de repetición puede demandar la administración pública, so pena de un proceso de responsabilidad fiscal, previas

denuncias penales y disciplinarias contra el comité de conciliación que omitió su deber.

## **5. Transacción.**

La transacción es un acto jurídico, es un contrato por medio del cual las partes convienen resolver un litigio de común acuerdo y en forma definitiva, antes o después de iniciado el proceso civil, laboral o contencioso-administrativo.

A través de la transacción se extinguen obligaciones, bien sea por medio de concesiones recíprocas o mediante un acuerdo entre las partes.

El artículo 2446 del Código Civil, define la transacción en los siguientes términos:

*“La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”*

En razón a la naturaleza contractual con la que cuenta la transacción, es que se determina que lo en ella contemplado se constituye en ley para las partes.

Para que sea procedente el contrato de transacción el mismo deberá contener los requisitos propios de cualquier contrato, paralelo a ello debe existir un derecho dudoso, es decir algún aspecto que revista controversia o duda en su interpretación o aplicación de forma tal que haya dado o pueda dar lugar a un litigio; situación frente a la cual las partes deben efectuar concesiones recíprocas a fin de solucionar la situación.

El contrato de transacción es un contrato bilateral, consensual, oneroso, intuitu persona, y podrá ser de tipo conmutativo o aleatorio dependiendo a lo que se obliguen los contratantes.

Dentro de los mecanismos que se encuentran contemplados en el artículo 68 del Estatuto General de la Contratación hallamos la transacción. Este precepto normativo habilita la utilización de este instrumento para resolver las controversias que se presenten en virtud de un contrato, y en particular a fin de definir los efectos de contenido económico del mismo y los derechos de contenido patrimonial; en tal sentido reza en su segundo inciso: *“Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.”*

Así pues, el contrato de transacción según lo establecido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia de 20 de marzo de 1987, tiene como presupuestos:

- a). La discrepancia actual o futura entre las partes acerca de un derecho;
- b). La reciprocidad de las concesiones que se hacen las partes; y
- c). La voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado.

Frente al tema de la transacción y su relación con la conciliación, tenemos que existen dos posturas: una, la cual sostiene que son figuras disímiles e independientes, y otros quienes las asimilan como equivalentes. Entre los que apoyan esta última postura, encontramos al

tratadista Hernán Fabio López, quien en su obra *Comentarios al decreto de descongestión judicial* establece: “*la conciliación no es nada diverso de una transacción. En suma si se quieren hallar diferencias a las figuras la única sería que la conciliación es una transacción a la cual se llega con la intervención de un conciliador, mientras que la que podríamos llamar transacción pura, la logran las partes de manera directa.*” , en tanto ambas se instituyen como negocios jurídicos susceptibles del régimen de nulidades como todas las declaraciones de voluntad, y en cuanto por expresa disposición las materias sobre las que recaen son las mismas, en tanto se puede conciliarse lo que se puede transigir, tal como lo consagra el artículo 2º del decreto 2651 de 1991 y el artículo 64 de la ley 446 de 1998.

Por su parte, los juristas para quienes la transacción y la conciliación son figuras jurídicas diferentes, fundamentan su postura principalmente en que mientras la transacción es sustancial, la conciliación es fundamentalmente procesal; y en que la primera tiene naturaleza contractual, mientras que la segunda no.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **DOCTRINA**

ACEVEDO, J.; ECHEVERRY, J. C.; OSPINA G.; LLERAS, G. C. *El transporte como soporte al desarrollo de Colombia*, una visión al 2024, Primera Edición, Universidad de los

Andes, Bogotá D.C., 2009.

ACOSTA RUBIO, N. *El derecho de la oferta de servicios de salud en Colombia y las autoridades administrativas en la vía gubernativa*, Primera edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2008.

ALDANA DUQUE, H. G. *“Principios especiales y cláusulas obligatorias en la contratación administrativa”* en el Derecho Administrativo Latinoamericano; Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1986.

- *“Las cláusulas excepcionales. Definición de las mismas, su finalidad, su alcance y sus límites”*, en Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II. Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP-FONADE-Proyecto MAFP II-Convenio 191113, Bogotá, julio de 2002.

ALEXANDRI RODRÍGUEZ, A. *De los contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

AMAYA OLAYA, U. A. *Fundamentos constitucionales del Control Fiscal*. Bogotá DC: Umbral Ediciones, 1996

- *Teoría de la responsabilidad Fiscal: La Responsabilidad Fiscal en el Derecho Comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.



ANGEL ZEA, A. *“La delegación de funciones y atribuciones en materia de contratación. Su importancia, justificación y límites a la delegación”*, en Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II. Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP-FONADE-Proyecto MAFP II-Convenio 191113, Bogotá, julio de 2002.

ARCINIEGAS MARTÍNEZ, G. A. *“policía Judicial y nuevo código de procedimiento penal”*, Ediciones nueva jurídica, Primera edición. 2001.

ARDILA DUARTE, B. *“Historia de la Legislación contractual”*, en Contratos Administrativos. Nuevo régimen legal. Estudios sobre los antecedentes, principios, alcances y contenido. Cámara de Comercio de Bogotá, 1983.

ARENAS MONSALVE, G. *El derecho colombiano de la seguridad social*, Segunda Edición, Legis Editores S.A., 2007.

ARIÑO ORTÍZ, G. *Principios de derecho público económico*, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica, segunda edición, Comares Editorial, Madrid 2001.

ARIZA MORENO, W. *“La cláusula de multas en la contratación estatal”*, en Revista de Derecho Público No. 11. Diez años de la Especialización en gestión pública e instituciones administrativas. Universidad de los Andes, Bogotá. 2000.

- *“Los contratos de prestación de servicios y su utilización por parte de las entidades estatales”*, en Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la

contratación pública, Tomo I. Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP-FONADE-Proyecto MAFP II-Convenio 191113, Bogotá, julio de 2002.

AROCHA ALARCON, Y.; PINO RICCI, J. “*El equilibrio económico y financiero del contrato*”, Régimen de contratación estatal, 2ª edición, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1997.

ARRIETA PADILLA, C. G. “*Organismos de control y su papel en la contratación de las entidades estatales. Definición de máximos. El papel del SICE*”, en Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo II. Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP-FONADE-Proyecto MAFP II-Convenio 191113, Bogotá, julio de 2002.

ARROYO ZAPATERO, L. *El principio de culpabilidad y sus plasmaciones*. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea. Revista de Derecho Penal, No. 3. Barcelona, 1999.

ATEHORTÚA RIOS, C. A. *Servicios públicos domiciliarios*, Legislación y Jurisprudencia, Segunda Edición, Biblioteca Jurídica Dike. 2005.

- *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal*, Medellín. Editorial Dike, 1995.

ATIENZA, M. *Las razones del derecho: teoría de la argumentación jurídica*, Centro de

Estudios Constitucionales de Madrid, 1993.

BARBOSA CASTILLO, G.; IBÁÑEZ GUZMAN A. *“El sistema penal y la contratación estatal”*, en Pino Ricci, Jorge. Régimen de Contratación estatal, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

BARRERA NUÑEZ, M. A. *Código disciplinario del abogado*, comentado por uno de sus redactores, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C., 2008.

BECERRA, BARNEY, M. F. *El nuevo control fiscal en Colombia*. Normas constitucionales y legales. Junio 20 de 1994 Bogotá Colombia

BENAVIDES, J. L. *El contrato estatal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2004

BETANCOURT AGUILAR, J. H. *El Control Fiscal en Colombia*. Bogotá DC: Luz Editorial, 1995.

BETANCOURT CUARTAS, J. *Nuevo estatuto de Contratación Administrativa*, 7ª Edición, Bogotá, Biblioteca Jurídica DIKE, 1996.

BETANCOURT JARAMILLO, C. *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín. Editorial ABC, Edición 2002.

BONIVENTO FERNANDEZ, J. A. *Los Principales Contratos Civiles y su paralelo con comerciales*. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá DC, 2008.

CAMPILLO PARRA, C. E. *“Celebración y ejecución de contratos estatales”*, Panamericana formas e impresos S.A. Primera Edición 2004

CASTAÑO DE RESTREPO, M. P. *Responsabilidad Civil y Patrimonial del Estado*, Derivada de la Administración y Prestación de Servicios de Salud, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2003.

CEPEDA ORTIZ, C. A. *El Sistema de Control Interno del Estado*. Ediciones librería el profesional. Primera edición. 2001.

COLAIACOVO, J. L.; AVARO, R. D. *Joint Ventures*, y otras formas de cooperación empresaria internacional, Macchi Grupo Editores S.A., Buenos Aires, 2000.

COLOMA CHICOT, J. A. *La responsabilidad civil en el delito fiscal*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 2001.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Guía Audite 3.0. Aprobada mediante Resolución 5774 del 31 de agosto de 2006.

CUELLO IRIARTE, G.; CUELLO HERMIDA, A.; PUERTO VALENCIA, J. A. *El daño especial*, El daño especial, como título de imputación de la responsabilidad del Estado, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá D.C., 2009.

ESCOBAR ESCOBAR, J. F. *Derecho de transporte terrestre*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2004.

ESCOBAR HENRIQUEZ, A. B. *El contrato estatal de obra*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Santa fe de Bogotá, 2000.

FRANCO GUTIÉRREZ, O. *La contratación administrativa*, Cuarta edición, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa fe de Bogotá, 2000.

HERNÁNDEZ GAMARRA, A. *El Estado y el Control Fiscal en Colombia*. Esbozo Histórico. Contraloría General de la República. 2004.

GÁMEZ VIZCAÍNO, J. M. *Manual de procedimiento de la contratación estatal*, Segunda edición, Legis Editores S.A., 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Democracia, jueces y control de la administración*, Quinta edición ampliada. Civitas ediciones S.L. Madrid.

GÓMEZ MÉNDEZ, A.; GÓMEZ PAVAJEAU, C. A. *Delitos contra la administración pública*, Tercera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2008.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A. *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons ediciones Jurídicas y sociales S.A., Madrid 2002.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. *El contratista de la administración pública*, Monografías Jurídicas, Cámara de cuentas de Andalucía, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2000.

GÜECHÁ MEDINA, C. N. *Contratos administrativos*, Control de legalidad de los actos precontractuales, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2008.

GUILLEN, R.; VINCENT, J. *Diccionario Jurídico*, Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia 2004.

GUZMÁN E, J. V. *Contratos de transporte*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogota D.C., 2007.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *El Federalista*. Selección de Obras de Política y Derecho. Fondo de Cultura Económica de México. Segunda edición en español, 2001, segunda reimpresión 2006.

HENAO HADRÓN, J. C. *El Daño*, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés, Universidad Externado de Colombia. 1998.

HERNÁNDEZ M, P. A. *Descentralización desconcentración y delegación en Colombia*, Primera Edición, Legis editores S.A. 1999.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, I. *Teoría y Política Fiscal*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia.

HINESTROZA, F. *La representación*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2008.

IBAÑEZ NAJAR, J. E. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá DC: Legis, 2008.

- *Alcance y límites de las potestades reguladora y reglamentaria*.

ITURRASPE MOSSET, J. *Contratos simulados y fraudulentos*, Tomo I, Contratos Simulados, Primera Edición, Reimpresión, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2001.

- *Contratos simulados y fraudulentos*, Tomo II, Contratos Fraudulentos, Primera Edición, Reimpresión, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires 2001.

JARAMILLO DÍAZ, J. C. *Entidades sin ánimo de lucro*, Características y aplicaciones del régimen tributario, Cuarta Edición Primera reimpresión, Legis Editores S.A. 2008.

KELSEN Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad autónoma de México. 1995.

LAGUNA DE PAZ, J. C. *La autorización administrativa*, Primera Edición, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2006.

LÓPEZ BLANCO, H. F. *Procedimiento Civil*. Tomo I. Novena Edición. Dupre editores. 2005.

LÓPEZ CABANA, R. M. *Contratos especiales del XXI*, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999.

MANTILLA ESPINOSA, F.; OÑATE ACOSTA, T. *Técnica de redacción de contratos*, Cámara

de Comercio de Bogotá D.C., Universidad del Rosario, Impreso por Editorial Kimpres Ltda., 2006

MATALLANA, E. *Manual de la contratación de la administración pública*, Ley 80 de 1993, Primero Edición, Universidad Externado de Colombia, 2005.

MELÉNDEZ JULIO, I. *Los Contratos de Concesión en el Sistema TransMilenio: Esquema Jurídico y Praxis Contractual*, Universidad de los Andes, Facultad de Administración, MBA Magíster en Administración: Gestión Pública, Bogotá D.C., 2005.

-*Teoría de la falta gravísima y juzgamiento disciplinario de los contratos estatales*. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, Magíster en Derecho Bogota Distrito Capital, 2005.

NARANJO GALVES, R. *Eficacia del Control Fiscal en Colombia: Derecho comparado, historia, macroorganizaciones e instituciones*, Bogotá DC: Universidad del Rosario, 2007.

NARANJO MESA, V. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, Novena edición. Editorial Temis, Bogotá.

NARVÁEZ GARCÍA, J. I. *Derecho Mercantil Colombiano*, Volumen IV *Tipos de Sociedades*, segunda Edición Tercera reimpresión, Legis Editores, 2005.

NUÑEZ TRUJILLO, A. J. *Nuevo Régimen de bolsa de productos*, Decreto 1511 de 2006, primera Edición, Legis Editores S.A., 2007.



ORDUZ MALDONADO, H; ROJAS B, C. L. *Cómo redactar un contrato*, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2003.

OSSA ARBELAEZ, J. *Derecho Administrativo Sancionador*. Primera Edición, Editorial Legis 2000.

PABÓN PARRA, P. A. *Código penal esquemático*, Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2008.

PALACIO HINCAPIÉ, J. A. *La contratación de las entidades estatales*, Cuarta Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín 2003.

PALACIO JARAMILLO, M. T. Selección de contratistas, en Revista de Derecho Público No. 17- Aspectos controversiales de la contratación estatal. Bogotá, mayo de 2004.

-*“La contratación directa de las entidades estatales. Justificación y necesidad de adoptar excepciones a los procesos de licitación o de concurso públicos. Principios que deben observarse en el desarrollo de dichas excepciones. La figura del intuitu personae”* en Misión de contratación: Hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública, Tomo I. Departamento Nacional de Planeación, Dirección de Evaluación de Gestión y Resultados. Proyecto de Contratación Estatal BIRF-DNP-FONADE-Proyecto MAFP II-Convenio 191113, Bogotá, julio de 2002.

-*“Cláusulas excepcionales”*, en Revista de Derecho Público No. 17, Aspectos controversiales de la contratación estatal. Bogotá, mayo de 2004.

- “*Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen de contratación pública en Colombia*”, en Revista de Derecho Público No. 14- La Contratación pública y el desarrollo de la infraestructura. Bogotá, junio de 2002.

PALACIO, JOUVE & GARCÍA, ABOGADOS, *Esquema de Asignación de Riesgos*, Pontifica Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2008.

PALACIO MEJÍA, H. *El derecho de los servicios públicos*, Primera Edición, Derecho Vigente S.A., Santa fe de Bogotá, 1999.

PARRA GUTIÉRREZ, W. R. *Los contratos estatales*, Cuarta Edición, ediciones Librería del Profesional, Santa fe de Bogotá, D.C., 1999.

PARRA PARA, J. E. *El contrato de Joint Venture*, Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá D.C., 2004.

PINO RICCI, J. *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Primera Edición, Universidad Externado de Colombia, 2005.

RENGIFO GARCÍA, E. *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, 2006.

RESTREPO, J. C. *Hacienda Pública*, 7ª edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia. 2005.

RICO PUERTA, L. A. *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, conforme con la Ley 1150 de 2007, Quinta Edición, Editorial Leyer, Bogotá D.C., 2007.

ROA SALGUERO D. A. y FERRER LEAL, H. E. *“La Falta disciplinaria en la contratación estatal”* conforme a la Ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008. Segunda Edición, Ediciones Nueva Jurídica. 2009.

ROBERT, A. *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa editorial, Estudios alemanes, España, 2ª Reimpresión 2004.

ROCA AYMAR, J. L. *Contratación Internacional*, Ediciones Mundi – Prensa, Madrid 1994.

RODRÍGUEZ AZUERO, S. *Negocios fiduciarios*, Su significación en América latina, Primera Edición, Legis Editores S.A., 2005.

- *Contratos Bancarios*, Su significación en América latina, Sexta Edición, Legis Editores S.A., 2009.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, L. *Estructura del Poder Público en Colombia*, Octava Edición, Bogotá D.C. Editorial Temis.

ROMERO DÍAZ, H. J. *La conciliación judicial y extrajudicial*, su aplicación en el derecho colombiano, Primera edición, Editorial Legis S.A., Bogotá D.C., 2006.

ROTHERY, B.; ROBERTSON I. *Outsourcing*, La subcontratación, Editores Limusa S.A.,

2000.

SAAVEDRA BECERRA, R. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, Grupo editorial Ibáñez. Bogotá D.C. quinta reimpresión 2008.

SÁNCHEZ CASTRO, M. *Regulación jurídica de la contratación pública en Colombia*, Tercera Edición, Panamericana Formas e Impresos S.A., 2008.

SANGUINO MADARIAGA, A. *Delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*, Peculado, Prevaricato, Concusión, Cohecho y Celebración Indevida de Contratos, Librería Jurídica Sánchez R, Ltda., Medellín, Edición 2008.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. *Derecho Urbanístico*, Legislación y Jurisprudencia, Segunda Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2009.

SOLANO SIERRA, J. E. *La expropiación*, Administrativa – Judicial – Excepcional – Sui Géneris, Tratado teórico Práctico, Primera edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., 2004.

SOLARTE MAYA, F. *Contratos estatales atípicos*, Transparencia contractual, Ley 1150 de 2007, contratos de la Salud, Ley 1122 de 2007, Primera Edición, Ediciones Nueva Jurídica, 2008.

TRIANA PERDOMO, J. M. *El Ejecutivo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC, 2003.

TRUJILLO MUÑOZ, A. *El Estado y el derecho*, Ediciones Academia colombiana de jurisprudencia. Santa fe de Bogotá. D.C.

URDANETA HERNÁNDEZ, G. *Licitar para ganar*, Tercera Edición, Universidad Santo Tomas, 1999.

URUETA ROJAS, J. M. *El contrato de concesión de obras públicas*, Primera Edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá D.C., 2006.

VARGAS CANTOR, E. F. *Interventoría de obras públicas*, conceptualización y procedimentalización, Segunda Edición, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

VASQUES MIRANDA, W. *Control Fiscal y Auditoria de Estado en Colombia*. Bogotá DC: Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2000.

VEEDURÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ D.C., *El contrato de prestación de servicios*, Editorial Mundo Empresarial Ltda., 2007.

VIDAL PERDOMO, J. *Derecho Administrativo*, Décimo Tercera edición, Bogotá, editorial Legis. 2008.

YOUNES MORENO, D. *Derecho de control fiscal, vigilancia para una gestión transparente de lo público*, quinta edición actualizada, Grupo editorial Ibáñez, Asociación mundial de transparencia, academia colombiana de abogacía. Bogotá D.C. 2006. P 30.

- *Manual para la transparencia de la gestión pública territorial*, Procuraduría General de la

Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría delegada para la Descentralización y las Entidades Territoriales, Bogotá D.C., 2004.

## **JURISPRUDENCIA.**

### **Corte Constitucional**

Sentencia C-068 del 25 de febrero de 1993, M.P. Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.

Sentencia C-036 del 25 de enero de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C-054 del 24 de enero de 2001, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis

Sentencia C- 132 del 1º de abril de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-143 del 20 de abril de 1993, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-320 de 1994 del 14 de julio de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-547 del 1º de diciembre de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-086 del 1 de marzo de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-088 del 2 de febrero de 2000, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-178 del 29 de abril de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-205 del 8 de marzo de 2005, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-221 del 14 de abril de 1999, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-374 del 24 de agosto de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-469 del 19 de octubre de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-562 del 7 de octubre de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-230 del 25 de mayo de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-250 del 6 de junio de 1996, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C- 316 del 19 de julio de 1995, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-592 de 7 de diciembre de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C- 037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-326 del 10 de julio e 1997, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-372 del 25 de agosto de 1994, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C- 272 del 20 de junio de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-367 del 14 de agosto de 1996, M.P. Dr. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez.

Sentencia C-490 del 26 e septiembre de 1996, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-508 del 8 de octubre de 1996, M.P. Dr. Alejandra Martínez Caballero.

Sentencia C-065 del 11 de febrero de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Jorge  
Arango Mejía.

Sentencia C-373 del 13 de agosto de 1997, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-374 del 25 de agosto de 1994, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-382 del 5 de abril de 2000, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-487 del 2 de octubre de 1997, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.



Sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-429 del 4 de septiembre de 1997, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-509 del 9 de octubre de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-540 del 23 de octubre de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-449 del 9 de julio e 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-452 del 10 de junio de 1999, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-037 del 19 de febrero de 1998, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

Sentencia C-060 del 4 de marzo de 1998, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia C-110 del 25 de marzo de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-147 del 22 de abril de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-189 del 6 de mayo de 1998, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-499 del 15 de septiembre de 1998, M.P. Eduardo cifuentes Muñoz.

Sentencia C-489 del 26 de septiembre de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-506 del 10 de noviembre de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-562 del 7 de octubre de 1998, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-633 del 21 de noviembre de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-671 del 9 de septiembre de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C- 030 del 27 de enero de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-218 del 14 de abril de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-702 del 20 de septiembre de 1999. Dr. Fabio Morón Díaz.

Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-403 del 2 de junio de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-623 del 25 de agosto de 1999, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-1339 del 4 de octubre de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia C-364 del 2 de abril de 2001, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia C-366 del 2 de abril de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-477 del 9 de mayo de 2001, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-557 del 31 de mayo de 2001, M.P. Dr. Eduardo José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001, M.P. dr. Marco Gerardo Monroy cabra.

Sentencia C-840 del 9 de agosto de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Renteria.

Sentencia C-183 del 13 de marzo de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Sentencia C-949 del 5 de septiembre de 2001, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-619 del 8 de agosto de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C-1060 del 11 de noviembre de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-249 del 16 de marzo de 2004, M.P. Dr. Jaime Araujo Renteria.

Sentencia C- 131 del 18 de febrero de 2003, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C-508 del 3 de julio de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-001 del 3 de abril de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz.

Sentencia T-003 del 11 de mayo de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y José Gregorio Hernandez Galindo.

Sentencia T-413 del 5 de junio de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-100 del 4 e marzo de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T-157 del 23 de abril de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia T-525 del 16 de octubre de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia T-769 del 18 de septiembre de 2002, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-832 el 22 de septiembre de 2003, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T- 1031 del 30 de octubre de 2003, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

### **Consejo de Estado**

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,  
C.P.: Dr. Daniel Suárez Hernández, Radicación 8826 del 2 de junio de 1994.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación 2126 del 14 de mayo de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 3254 del 23 de abril de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 3831 del 17 de septiembre de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación 3880 del 19 de febrero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
CP Dr. Camilo Arciniegas Andrade, Radicación 6345 del 8 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 19 de abril de 2001. CP Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Expediente: 19486.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 11 de diciembre de 2001. CP Dr. Jesús María Lemus Bustamante, Radicación: S-028.

Consejo de Estado, Tercera, Sentencia del 24 de octubre de 1996, CP Dr. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 10151 del 9 de mayo de 1996, CP Dr. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 24 de octubre de 1996. C.P. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de julio de 2000, C.P. María Elena Giraldo.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 1996, C.P. Dr. Jesús María Carrillo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1439 del 18 de julio de 2002, CP Dra. Susana Montes de Echeverri.

Consejo de Estado; Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Radicación: 1011 del 14 de agosto de 1997, CP Dr. César Hoyos Salazar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Radicación: 14577 del 29 de mayo de 2003, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Radicación: 12513 del 13 de julio de 2000, CP Dra. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Referencia 10540 del 9 de marzo de 2000, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Radicación: 1293 del 14 de diciembre de 2000, CP Dr. Luís Camilo Osorio Isaza.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Expediente: 14579 del 20 de octubre de 2005, CP Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, Sentencia del 8 de noviembre de 2001, Radicación: 6345, CP Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

Consejo de Estado en fallo proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, 3 de septiembre de 2003, Radicación AP-28, CP Dr. Jesús María Lemus Bustamante.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 2000, Referencia: 9536, CP Dr. Delio Gómez Leyva.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 1997, CP Dr. Carlos Betancourt Jaramillo, Expediente: 9286.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Bogotá, D. C., 20 de octubre de 1995, CP Dr. Juan de Dios Montes Hernández. Radicación No.7757.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de junio de 2000, Expediente: 16756, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Concepto del 9 de marzo de 2000, Radicación No.10540, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Concepto de del 14 de diciembre de 2000, Radicación No.1293, CP Dr. Luís Camilo Osorio Isaza.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2005, Expediente No.14579, CP Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 17 de abril de 1996, CP Dr. Roberto Suárez Franco, Radicación No.811-1996.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1999, CP Dr. Daniel Suárez Hernández, Expediente No.12.344.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de junio de 2001, Radicación: 071, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.



Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia, del 27 de julio de 2001, Radicación: 116, CP Dr. Juan ángel Palacio Hincapié.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto fechado 1 de abril de 2009, Rad. 36476, CP Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 13 de julio de 2000, Radicación No.12513, CP Dra. Maria Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de agosto de 2003, Radicación No.1453, CP Dr. Augusto Trejos Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 31 de octubre de 2001, Radicación No.1365, CP Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 6 de agosto de 2003, Radicación No.1453, CP Dr. Augusto Trejos Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de julio de 1994, Radicación 624, CP Dr. Roberto Suárez Franco.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP Dr. Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., 7 de marzo de 2002, Radicación No.21588.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo del 29 de mayo de 2003,

Expediente No.14577, CP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación 4438 del 2 de abril de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 4490 del 19 de febrero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Alberto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 4500 del 30 de abril de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 4521 del 10 de septiembre de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 4527 del 10 de septiembre de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 4548 del 22 de enero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 4664 del 30 de abril de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 4685 del 5 de febrero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 4807 del 23 de julio de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 4823 del 29 de enero de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 4849 del 19 de noviembre de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr.  
Mario Alario Méndez, Radicación. REV-93 del 11 de mayo de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dra.  
Dolly Pedraza de Arenas, Radicación. S-592 del 11 de mayo de 1998.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 3479 del 23 de septiembre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 4168 del 6 de septiembre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5078 del 4 de febrero de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5203 del 25 de noviembre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 5355 del 27 de mayo de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 5560 del 8 de octubre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

C.P.: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación 5403 del 18 de marzo de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

C.P.: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Radicación 5543 del 3 de junio de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr.

Delio Gómez Leyva, Radicación. S-025 del 6 de septiembre de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr.

Nicolás Pájaro Peñaranda, Radicación. S-459 del 24 de mayo de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Radicación S-844 del 16 de marzo de 1999.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5054 del 31 de agosto del 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5363 del 13 de abril de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5373 del 6 de abril de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5590 del 20 de enero de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5694 del 17 de febrero de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5764 del 5 de octubre de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 5962 del 19 de mayo de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6042 del 17 de agosto de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6178 del 28 de septiembre de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Juan Alberto Polo Figueroa, Radicación 6179 del 17 de agosto de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Darío Quiñones Pinilla, Radicación. AI-057 del 27 de junio de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, Radicación. S-399 del 18 de septiembre de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Mario Alario Méndez, Radicación S-725 del 2 de octubre de 2000.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil C.P.: Dr. Cesar Hoyos Salazar, Radicación 1346 del 17 de mayo de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6840 del 4 de octubre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicación 11001-03-15-000-2001-0069-01(AC) del 5 de junio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 5604 del 21 de junio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6242 del 16 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Rojas, Radicación 6391 del 29 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 7242 del 13 de diciembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Radicación 6547 del 16 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 6696 del 1 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 6617 del 27 de septiembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 6918 del 13 de septiembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 3531 del 16 de febrero de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5794 del 4 de mayo de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 5916 del 1 de febrero de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

C.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Radicación 6384 del 17 de mayo de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

C.P.: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Radicación 6508 del 7 de junio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr.

Reinaldo Chavarro Buriticá, Radicación. AC-10966 y AC-11274 (Acumulados) del 7 de junio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr.

Reinaldo Chavarro Buriticá, Radicación. AC-11861 del 11 de septiembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr.

Alejandro Ordóñez Maldonado, Radicación. AC-12340 del 20 de febrero de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

C.P.: Dr. Camilo Arciniegas Andrade, Radicación 6620 del 26 de julio de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 6587 del 16 de noviembre de 2001.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera

C.P.: Dr. Camilo Arciniegas Andrade, Radicación 7029 del 5 de julio de 2002.



Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera  
C.P.: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Radicación 7211 del 18 de abril de 2001.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del  
18 de abril de 1989, Expediente 5426, CP Dr. Carlos Betancurt Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto No.1438 del 13 de  
septiembre 2002, CP Dr. César Hoyos Salazar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, Sentencia  
del 9 de diciembre de 2004, CP Dr. Rafael Ostau de Lafont Planeta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del  
2 de febrero de 1996, Expediente: 8385, CP Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de mayo de  
1994, Expediente: 8726, CP Dr. Daniel Suárez Hernández.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 23 de noviembre de  
2005, Radicación No.1694, CP Dr. Gustavo Aponte Santos,

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de diciembre de  
1993. CP Dr. Jaime Betancourt Cuartas.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Concepto del

28 de julio de 1994, CP Dr. Roberto Suárez Franco; Referencia: Radicación No.624.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de octubre de 1999, Expediente 10929, MP Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 26 de agosto de 1998, Radicación No.1121, CP Dr. César Hoyos Salazar.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de septiembre de 2006, Radicación No.15307, CP Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de enero de 2004, Expediente 10779, CP Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Dr. Germán Ayala Mantilla, Radicación 1101-03-15-000-2001-0148-01(PI) del 22 de enero de 2002.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P.: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Radicación 7208, 7464 y 7705 del 27 de marzo de 2003.

Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera C.P.: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Radicación 19929 del 20 de noviembre de 2003.

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de septiembre de 1974, MP Dr. Luís Sarmiento Buitrago.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de septiembre de 2001, Expediente: 16837, MP Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de octubre de 2000, Expediente: 15273, MP Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de abril de 2002, Expediente 12658 de 18 de abril de 2002.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de agosto de 1998, Expediente: 10295, MP Dr. Fernando E. Arboleda Ripio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de abril de 2004, Expediente 18454, MP Dr. Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 26 de noviembre de 2003, Expediente: 20420, MP Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de enero de 2004, Expediente: 17574, MP Dr. Mauro Solarte Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de septiembre de 2003, Expediente:7089, MP Dr. Edgar Lombana Trujillo,.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de febrero de 2004, Expediente: 20526, MP Dra. Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de febrero de 2005, Expediente: 21547, MP Dra. Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de febrero de 2005, Expediente: 15212, MP Drs. Herman Galán Castellanos y Alfredo Gómez Quintero.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil-, Expediente No.4512 de 17/05/95, MP Dr. Pedro Lafont Pianetta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Expediente No.3972 de 19/10/94, MP Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 4 de octubre de 1993, Expediente 5005 (Casación) MP Dr. Jorge Enrique Valencia M.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 15 de diciembre de 2000, Expediente 12613, MP Dr. Jorge Aníbal Gómez G.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de enero de 1999, Expediente 11192, MP Dr. Edgar Lombana T.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 16 de noviembre de 1993, Expediente 8007 (Casación) MP Dr. Guillermo Duque Ruíz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de noviembre de 1993, Expediente 8087 (Casación) MP Dr. Edgar Saavedra Rojas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de febrero de 1998, Expediente 10204, MP Dr. Ricardo Calvete Rangel.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 0 de noviembre de 2004, Expediente 21726, MP Dra. Marina Pulido de Barón.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de junio de 2002, Expediente 19464, MP Dr. Edgar Lombana Trujillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de febrero de 1998, Expediente 4702, MP Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 1 de marzo de 1995, Expediente 8608, MP Dr. Juan Manuel Torres Fresneda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 10 de septiembre de 1998, Expediente 5023, MP Dr. Nicolás Becharas Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 16 de mayo de

2003, Expediente 7576, MP Dr. Manuel Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1996; Expediente 4792, MP Dr. Nicolás Bechara Simancas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 31 de julio de 2000, Expediente 6068, MP Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de marzo de 1997, Expediente 9393, MP Dr. Jorge E. Córdoba Poveda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 11 de abril de 2003, Expediente 7270, MP Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia del 13 de septiembre de 2006, Expediente 88001-31-03-002-2002-00271-01, M.P. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de agosto de 2009, Expediente 32003, M.P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez.

## **DOCUMENTOS CONPES.**

CONPES 3166 del 23 de Mayo de 2002, *Sistema Integrado de Transporte Masivo de Pasajeros*

*para Santiago de Cali –Seguimiento-*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES 3167 del 23 de mayo de 2002, *Política para Mejorar el Servicio de Transporte Público Urbano de Pasajeros*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES 3185 del 31 de Julio de 2002, *Propuesta para Mejorar la Movilidad entre Bogotá y Soacha: Extensión de la Troncal Norte – Quito – Sur del Sistema de TransMilenio*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES 3196 del 31 de julio de 2002, *Régimen Jurídico del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES y Compilación de los Documentos Período 1998 – 2002*, DNP, Bogotá D.C.

CONPES 3220 del 21 de abril de 2003, *Sistema Integrado de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros del Área Metropolitana del Centro Occidente*, DNP: DIE- GEINF, Ministerio de Transporte, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, D.C.

CONPES 3249 del 20 de octubre de 2003, *POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA UN ESTADO GERENCIAL*, Proyecto de Contratación Estatal BIRF – DNP, Bogotá D.C.

CONPES 3259 del 15 de Diciembre de 2003, *Sistema Integrado de Servicio Público Urbano de Transporte Masivo de Pasajeros del Distrito de Cartagena –TransCaribe*, DNP: DIE- GEINF, Ministerio de Transporte, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, D.C.

CONPES 3260 del 15 de diciembre de 2003. *POLÍTICA NACIONAL DE TRANSPORTE URBANO Y MASIVO*, DNP: DIE- GEINF, Ministerio de Transporte, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá, D.C.

CONPES No.3272 del 23 de febrero de 2004, *Programa Estratégico Integral de Rehabilitación y Mantenimiento Vial*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3273 del 1 de marzo de 2004, *Autorización a la nación para contratar operaciones de Crédito Externo con la Banca Multilateral hasta por US\$600 millones, con el fin de financiar los aportes de la Nación a los Sistemas Integrados de Transporte Masivo –SITM- y otras apropiaciones presupuestales prioritarias de la Nación para 2004*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES 3305 expedido el 24 de agosto de 2004 dentro del *Marco de la Política de Gestión de Desarrollo Urbano*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3311 del 20 de septiembre de 2004, *Modificación al CONPES 3272 del 23 de febrero de 2004: Criterios para la Priorización de Proyectos del Programa de Infraestructura Vial y Desarrollo Regional*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3368 del 1 de agosto de 2005, *Política Nacional de Transporte Urbano y Masivo – Seguimiento-*. Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP:



DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3439 del 14 de agosto de 2006, *“Institucionalidad y Principios Rectores de Política para la Competitividad y la Productividad”*, Alta Consejería para la Competitividad y la Productividad, Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, Bogotá D.C., 2006.

CONPES No.3465 del 10 de abril de 2007, *Concepto favorable a la Nación para contratar empréstitos externos con Bancos u Organismos Multilaterales, Banca Comercial u Otras Fuentes Alternativas de Fondeo hasta por un valor de US\$1.440 millones o su equivalente en otras monedas, para financiar parcialmente los aportes de la Nación a los Sistemas Integrados de Transporte Masivo –SITM-*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3535 del 18 de julio de 2008 mediante el cual se expidió el *Concepto Previo Favorable para la Prórroga o Adición de los Contratos de Concesión Vial y Férrea*, Ministerio de Transporte –INCO, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, DNP, Bogotá D.C.

CONPES 3107 de 2001, *Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*, DNP: DIE –GEINF, Ministerio de Hacienda Público, Bogotá D.C.

CONPES 3133 de 2001, *Modificaciones a la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura Establecida en el Documento CONPES 3107 de 2001*, DNP: DIE –GEINF, Ministerio de Hacienda Público, Bogotá D.C.

CONPES 3167 de 2002, *Política para Mejorar el Servicio de Transporte Público Urbano de*

*Pasajeros*, Ministerio de Transporte DNP: DIE – GEINF, Bogotá D.C.

CONPES No.3562 del 30 de diciembre de 2008, mediante el cual se expide el *Concepto Previo Favorable para la Prórroga o Adición de seis contratos de concesión vial en Colombia (Girardot – Ibagué – Cajamarca; Desarrollo Vial del Oriente de Medellín; Zipaquirá – Palenque; Rumichaca – Pasto – Chachagüi; Bogotá – Villavicencio y Córdoba – Sucre)*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, DNP: DIE –GINF, Bogotá D.C.

## **LEYES**

### **Colombia**

Ley 153 de 1887; Ley 23 de 1973; Ley 20 de 1974; Ley 56 de 1981; Ley 9 de 1989; Ley 86 de 1989; Ley 2 de 1991; Ley 3 de 1991; Leyes 23 de 1991; Ley 42 de 1993; Ley 70 de 1993; Ley 80 de 1993; Ley 99 de 1993; Ley 105 de 1993; Ley 142 de 1993; Ley 134 de 1994; Ley 281 de 1996; Ley 336 de 1996; Ley 134 de 1994; Ley 152 de 1994; Ley 160 de 1994; Ley 190 de 1995; Ley 310 de 1996; Ley 336 de 1996; Ley 388 de 1997; Ley 400 de 1997; Ley 446 de 1998; Ley 448 de 1998; Ley 472 de 1998; Ley 489 de 1998; Ley 508 de 1999; Ley 610 de 2000; Ley 640 de 2001; Ley 678 de 2001; Ley 684 de 2001; Ley 734 de 2002; Ley 769 de 2002; Ley 787 de 2002; Ley 812 de 2003; Ley 819 de 2003; Ley 850 de 2003; Ley 881 de 2004; Ley 962 de 2005; Ley 1150 de 2007; Ley 1151 de 2007; Ley 1154 de 2007; Ley 1169 de 2007; Ley 1169 de 2008; Ley 1228 de 2008; Ley 1260 de 2008; Ley 1285 de 2009.

## **CÓDIGOS DE COLOMBIA.**

Código Contencioso Administrativo; Código Civil; Código de Procedimiento Civil; Código de Comercio; Código Penal; Código de Procedimiento Penal; Código de Petróleos; Código de Minas.

## **DECRETOS NACIONALES.**

Decreto 2811 de 1974; Decreto 1608 de 1978; Decreto 1715 de 1978; Decreto 2388 del 29 de 1979; Decretos 704 de 1986; Decreto 305 de 1988; Decreto 1974 de 1989; Decreto Ley 111 de 1996; Decreto 1222 de 1986; Decreto 1333 de 1986; Decreto 2681 de 1993; Decreto 679 de 1994; Decreto 1477 de 1995; Decreto 2150 de 1995; Decreto 1052 de 1998; Decreto 1554 de 1998; Decreto 1547 de 2000; Decreto 2809 de 2000; Decreto 327 de 2002; Decreto 941 de 2002; Decreto 2550 de 2002; Decreto 4688 de 2005; Decreto 4841 de 2008; Decreto 101 de 2000; Decreto 29 de 2002; Decreto 2053 de 2003; Decreto 150 de 1999; Decreto 507 de 1999; Decreto 932 de 2002; Decreto 1337 de 2002; Decreto 975 de 2004; Decreto 1788 de 2004; Decreto 973 de 2005; Decreto 3600 de 2007; Decreto 4065 de 2008; Decreto 3460 del de 2008; Decreto 93 de 2000; Decreto 1713 de 2002; Decreto 4688 de 2005; Decreto 3600 de 2007; Decreto 4669 de 2005; Decreto 1151 de 2008; Decreto 1420 de 1998; Decreto 1713 de 2002; Decreto 4688 de 2005; Decreto 3600 de 2007; Decreto 2304 de 1989; Decreto 1420 de 1998; Decreto 1599 de 1998; Decretos 1052 de 1998; Decreto 1547 de 2000; Decreto 1599 de 1998.