

SELLO EDITORIAL
AMERICANA

DERECHO DEL CONTROL

FISCAL

EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO

**EDGAR ANDRÉS
QUIROGA NATALE**

Dogmática, control fiscal a la compra pública
y procedimiento administrativo de responsabilidad fiscal

DERECHO DEL CONTROL FISCAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Dogmática, control fiscal a la compra pública y procedimiento
administrativo de responsabilidad fiscal

Autor

EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE

Corporación Universitaria Americana



Quiroga Natale, Edgar Andrés
Derecho de control fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano / Edgar Andrés Quiroga Natale, –
Barranquilla : Sello Editorial americana, 2024.
213 páginas, tablas, 27 cm.
ISBN: 978-958-5169-76-0 (digital)
1. Corporación Universitaria Americana – Proyectos de investigación. 2. Administración
pública – Colombia. 3. Auditoría fiscal -- Colombia. 4. Auditoría fiscal -- Historia -- Colombia. 5.
Responsabilidad fiscal - Colombia – Legislación.
343.049861 Q84 2024 SCD23 ed.

Corporación Universitaria Americana-Sistema de Bibliotecas



Corporación Universitaria Americana ©

Sello Editorial Americana©

ISBN Digital: **978-958-5169-76-0**

**DERECHO DEL CONTROL FISCAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO
DOGMÁTICA, CONTROL FISCAL A LA COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD FISCAL**

AUTORES:

EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE

Presidente

JAIME ENRIQUE MUÑOZ

Rectora Nacional

ALBA LUCÍA CORREDOR GÓMEZ

Vicerrector Académico Nacional

MARIBEL YOLANDA MOLINA CORREA

Vicerrector de Investigación Nacional

RICARDO SIMANCAS TRUJILLO

Coordinación Sello Editorial

EVA LUNA CONTRERAS MARIÑO

Sello Editorial Americana

selloeditorialamericana@americana.edu.co

Diagramación y portada: Kelly J. Isaacs González

Imagen portada: Freepik.com

Corrección de estilo: Eva Luna Contreras Mariño

1ª edición: 2024-08-29

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, almacenada en sistema recuperable o transmitida en ninguna forma o por medio electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, u otro, sin previa autorización por escrito del Sello Editorial Americana y de los autores. Los conceptos expresados en este documento son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente corresponden con los de la Corporación Universitaria Americana y da cumplimiento al Depósito Legal según lo establecido en la Ley 44 de 1993, los decretos 460 del 16 de marzo de 1995, el 2150 de 1995, el 358 de 2000 y la Ley 1379 de 2010.

CONTENIDO

8	EL AUTOR
10	PRESENTACIÓN.
13	CAPÍTULO 1. PRIMERO: EL CONTROL FISCAL EN COLOMBIA. <i>Dogmática Introdutoria.</i>
13	1. ANTECEDENTES.
14	1.1. Misión Kemmerer y la Ley 42 de 1923.
16	1.2. Decreto 911 de 1932.
18	1.3. Ley 20 de 1975.
19	1.4. Decreto 222 de 1983.
20	1.5. Constitución Política de 1991 y Ley 42 de 1993.
23	1.6. Acto Legislativo 04 de 2019 y Decreto Ley 403 de 2020.
25	2. EL CONTROL FISCAL. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.
28	3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL FISCAL.
30	4. PRINCIPIOS DE LA VIGILANCIA Y EL CONTROL FISCAL.
30	4.1. Eficiencia.
31	4.2. Eficacia.
33	4.3. Equidad.
35	4.4. Economía.
36	4.5. Concurrencia.
37	4.6. Efecto disuasivo.
40	4.7. Selectividad.
41	5. MODELOS DE CONTROL FISCAL.
41	5.1. Control Previo, control Perceptivo y Control Posterior.
44	5.2. Control Posterior y Selectivo.
46	5.3. Control Posterior y Selectivo, Concomitante y Preventivo.
53	6. SISTEMAS DE CONTROL FISCAL.
53	6.1. Control Financiero.

53	6.2. Control de legalidad.
54	6.3. Control de gestión.
54	6.4. Control de Resultados.
54	6.5. Revisión de las cuentas.
55	6.6. Evaluación del Control Interno.
56	7. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.
58	II. CAPÍTULO SEGUNDO. CONTROL FISCAL A LA COMPRA PÚBLICA. El equilibrio económico en los contratos estatales.
59	1. NATURALEZA Y DEFINICIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO.
66	2. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO.
66	2.1. El precio equilibrado.
68	2.1.1. Elementos mínimos para la determinación del precio equilibrado.
68	<i>2.1.1.1 Estudio del mercado y los escenarios de competencia en el cual se encuentra el conjunto de obras, bienes o servicios que se demandan.</i>
76	<i>2.1.1.2. El costo de producción de lo que se demanda (Cp).</i>
77	<i>2.1.1.3. Los costos de transacción de contratar con el Estado (Ct).</i>
79	<i>2.1.1.4. Costos exógenos imputables a la ejecución contractual (Ce).</i>
80	<i>2.1.1.5. La utilidad razonable del contratista (Ut).</i>
84	2.1.2. El precio y restricciones presupuestales para su fijación (establecimiento de tope máximos).
89	2.1.3. Precios artificialmente bajos imbricados en las ofertas de compra pública.
93	2.1.4. Precio y oferta más favorable.
93	<i>2.1.4.1. Mínima cuantía.</i>
95	<i>2.1.4.2. Concurso de méritos.</i>
97	<i>2.1.4.3. Contratación directa.</i>
98	<i>2.1.4.4. Licitación pública y Selección abreviada.</i>
98	<i>2.1.4.4.1. La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas.</i>
99	<i>2.1.4.4.2. La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio.</i>
101	2.2. Las obligaciones contractuales.
101	2.2.1. Obligaciones generales.

101	2.2.1.1. <i>Obligaciones Generales de la Entidad Contratante.</i>
102	2.2.1.2. <i>Obligaciones generales del contratista.</i>
104	2.2.2. Obligaciones Específicas.
105	2.2.2.1. <i>Elementos mínimos para la elaboración de obligaciones contractuales específicas.</i>
105	2.2.2.1.1. <i>Descripción.</i>
106	2.2.2.1.2. <i>Indicadores de cumplimiento.</i>
108	2.2.2.1.3. <i>Indicadores de calidad.</i>
109	2.2.2.1.4. <i>Ponderación</i>
111	2.2.4. Obligaciones contractuales y formas de remuneración.

119 **III. CAPÍTULO TERCERO: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO FISCAL**

119 **1. INTRODUCCIÓN**

122 **2. ASPECTOS SUSTANCIALES.**

122	2.1. Aproximación conceptual, finalidad y características.
132	2.2. Elementos de la responsabilidad fiscal.
132	2.1.1. Conducta dolosa o gravemente culposa - Elemento subjetivo.
135	2.1.2. Daño patrimonial al Estado.
138	2.1.3. Nexo de causalidad entre la gestión fiscal y el daño fiscal.

138 **3. RÉGIMEN PROCESAL**

142 3.1. PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

142	3.1.1. Indagación preliminar.
144	3.1.2. Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal.
146	3.1.3. Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal.
148	3.1.4. Decreto y Práctica de Pruebas.
150	3.1.5. Fallo.
151	3.1.6. Segunda Instancia.
152	3.2. PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL
156	3.2.1. Auto de apertura del proceso e imputación de responsabilidad fiscal.
161	
166	3.2.2. Audiencia de Descargos.
169	3.2.3. Audiencia de Decisión.
170	3.2.4. Segunda instancia

170 3.3. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DE FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL. Consagración y prematura

	inexequibilidad.
170	3.3.1. Consagración normativa y procedimiento.
172	3.3.2. Inaplicación jurisprudencial del control inmediato de legalidad de los fallos de responsabilidad fiscal.
174	3.3.3. Control Inmediato de legalidad y su relación con el ordenamiento convencional. Fundamentos de su inexequibilidad.
176	4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.
178	5. ANEXO. CUADRO DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. Sentencias de constitucionalidad generadas por demandas a la ley 610 de 2000.
198	V. REFERENCIAS

EL AUTOR

Post-Doctorado en Derecho y Justicia Constitucional Multinivel (PpHD), Universitat di Bologna (Italia). Post-Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Colombia (PpHD). Doctorado en Derecho (PhD), Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, Universitat di Pisa (Italia). Especialista en Resolución de Conflictos y Estrategias de Negociación, Universidad Castilla La Mancha (España). Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad Santo Tomás. Especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo, Unad. Abogado (Summa Cum Laude), Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Conferencista Internacional: Universidad de Turín (Italia). Universitat di Pisa (Italia). Universitat di Bologna (Italia). Universitat de Valencia (España). Instituto Tecnológico de Monterrey (México). Asociación Argentina de Justicia Constitucional, Buenos Aires (Argentina). Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre (Brasil).

Ha sido docente de (Doctorado, Maestría, Especialización, Diplomado, Pregrado y Educación Continuada) en: Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Universidad de los Andes (Bogotá). Universidad Nacional de Colombia (Bogotá). Universidad del Rosario (Bogotá). Universidad Sergio Arboleda (Bogotá). Universidad Santo Tomás (Bogotá, Bucaramanga, Tunja y Cúcuta). Universidad Libre de Colombia (Bogotá, Cartagena, Barranquilla, Socorro, Pereira, Cúcuta y Cali). Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín). Universidad Gran Colombia (Bogotá y Armenia). Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (Tunja). Universidad de Medellín (Medellín), Universidad del Norte (Barranquilla). Universidad de la Sabana (Bogotá, Chía, Ibagué y Neiva), Universidad ICESI (Cali), Corporación Americana (Barranquilla), entre otras.

Se ha desempeñado como: Magistrado Auxiliar del Consejo de Estado (Sección Tercera); Procurador Judicial Administrativo II (por concurso de

méritos); Abogado Asesor del Ministerio del Interior y de Justicia; Par Académico del Ministerio de Educación Nacional; Asesor de Despacho y Jefe de la Oficina Jurídica (e) del Instituto Distrital de Recreación y Deporte (IDRD) de Bogotá; Subdirector de Contratación de la Gobernación de Boyacá; Secretario de Gobierno de Tunja; Asesor Experto en materia de contratación estatal de la Dirección Jurídica del Distrito de Bogotá; Miembro de la mesa técnica de Alianzas Público – Privadas (APP) del Distrito de Bogotá; Asesor Jurídico externo de varias Entidades Territoriales; Asesor Legal de varias empresas privadas; consultor y litigante.

Autor de varios libros, capítulos de libro y artículos indexados en Derecho, Economía y Ciencias Sociales; Vicepresidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Miembro del Instituto Jurídico Internacional de Turín (Italia).

Contacto: edgarandresq80@gmail.com

PRESENTACIÓN

El control fiscal puede ser definido como una función pública, autónoma, independiente, técnica y necesaria para el mantenimiento del sistema de “frenos y contrapesos” en un modelo Republicano de separación del poder público.

Diseñar, ejecutar y manter un adecuado sistema de control fiscal es un reto grande en un país en el que la institucionalidad, se pone en entredicho de manera reiterada, la legitimidad de las autoridades por parte de la ciudadanía es muy baja, los índices de corrupción medidos por entidades nacionales e internacionales, muestran al Estado en los deshonrosos primeros lugares en la región e incluso a nivel mundial.

Valga la pena indicar, que según Leguizamón (2002):

Las Instituciones son todas aquellas reglas o restricciones que el hombre se impone para adelantar sus relaciones en sociedad, algunas de carácter formal, como las creadas por la norma jurídica y otras de carácter informal, originadas por la costumbre, la tradición, los mitos, las creencias populares y, en general todas las denominadas leyes naturales. (p. 56)

Esto pone en el centro del debate el control fiscal, los órganos que lo realizan, los métodos que utilizan, los procedimientos desarrollados y cuál es su verdadera teleología. ¿Nuestras instituciones son dinámicas y responden a los cambios que se suscitan a diario en el mundo, o por el contrario, se alquilosan rápidamente y no se reacciona a tiempo para poder brindar las garantías constitucionales a los ciudadanos dentro de un marco de igualdad, equidad y eficiencia?

De las numerosas y actuales críticas al funcionamiento del Estado no escapan las Contralorías en sus diferentes niveles, desprestigiadas tal vez por lo que se percibe como ineficiencia en el control que se realiza y en los métodos que se utilizan para tal fin, causado esto por diversos factores como, la falta de talento humano, recursos técnicos y financieros que no permiten realizar el control con la debida rigurosidad en términos de tiempo y de personal asignado para tal fin.

La asimetría en la información que manejan las contralorías respecto de las entidades que controlan también puede ser un factor determinante en la efectividad de sus funciones; la génesis en la elección de los contralores y su cuestionada dependencia con las corporaciones políticas electoras también ha conspirado en la baja legitimidad de estas instituciones.

Sin duda una de las más importantes funciones de las Contralorías, es el control fiscal a la contratación estatal, en donde también se perciben múltiples problemas de diferente orden y en donde uno de los aspectos de mayor relieve ha sido la inversión de recursos estatales a través del sistema de compra pública.

¿Cómo se construye el precio equilibrado del contrato?, ¿cómo se realiza un estudio de mercado?, ¿qué diferencias existe entre sobre-precio y sobre-costo?, ¿cómo se determina un precio artificialmente bajo?, ¿qué consecuencias fiscales tiene la sobre – estimación o la sub-estimación del precio del contrato? Estas y muchas otras preguntas que se suscitan a diario en las operaciones de contratación estatal que deben ser resueltas de la forma más técnica, idónea y plausible por parte de los operadores del sistema quienes tienen la obligación prima facie de hacer inversión de los recursos públicos (que son escasos y finitos) de la forma más eficiente y con apego al ordenamiento jurídico que gobierna la materia.

Pero también resulta insoslayable que el “controlador” debe dominar al detalle el funcionamiento del sistema que controla; el conocimiento interdisciplinar es un imperativo, pues la operación contractual experimenta fases técnicas, presupuestales y jurídicas que hacen que el control fiscal tenga el reto de responder a esta complejidad para evitar cualquiera de dos consecuencias desafortunadas: (i) la omisión en el control por ausencia de conocimiento, lo cual genera incentivos y externalidades negativas frente a los operadores del sistema, y/o (ii) la extralimitación en el control, lo que ha llevado en muchos casos a la configuración de “falsos positivos fiscales”.

Aunque teleológicamente el control fiscal es tuitivo, no es menos cierto que dentro del diseño institucional se cuentan con instrumentos de orden sancionatorio y resarcitorio a través de dos procedimientos administrativos especiales como el sancionatorio fiscal y el de responsabilidad fiscal. Sin embargo, con desfortuna se evidencia en la práctica un profundo desconocimiento por parte de los operadores de las diferentes etapas, estadios, fases, términos, etc., que gobiernan dichos procedimientos, circunstancias que detonan un sin número de acciones de tutela (sobre todo por violación del debido proceso) y medios de control de nulidad ante la jurisdicción deprecando la legalidad de los actos administrativos que se profieren al interior de las referidas instancias.

Dentro del contexto descrito ut supra, y con el propósito de profundizar en algunos aspectos en mención, el texto que a continuación se presenta², se estructura en tres capítulos a saber: (i) Una introducción a la dogmática del control fiscal en Colombia, que pretende examinar sus antecedentes, concepto, características, nomenclatura, modelos y sistemas; (ii) En un segundo acápite, el abordaje del control fiscal a la compra pública, en punto del equilibrio económico del contrato estatal, destacando su aproximación conceptual, naturaleza, y principales elementos constitutivos (precio equilibrado y obligaciones contractuales); (iii) El tercer y último capítulo, desarrolla de forma general, el procedimiento de responsabilidad fiscal identificando sus principales características, elementos, criterios diferenciadores y régimen adjetivo. Al final de cada uno de los capítulos se presentan unas conclusiones de cierre.

² Agradezco los significativos aportes y críticas realizadas por Valentina Guaba y Carlos Mauricio Varón al presente texto, los cuales sin lugar a duda enriquecieron la obra.

I.

*Dogmática introdutoria del control fiscal en Colombia**

1. ANTECEDENTES.

El Control Fiscal tiene una amplia tradición en nuestro ordenamiento jurídico y que en la era moderna se remonta al año 1923 con la expedición de la ley 42. Esta función pública y los alcances que ello conlleva, ha sido fuente de prolijos debates doctrinales, académicos y políticos sobre cuál debe ser el alcance, modalidades, sistemas de control que se aplican, y en general, sobre el diseño más eficiente para que el control fiscal cumpla sus cometidos.

En las líneas que siguen, se presentará (sin ningún ánimo exhaustivo) las principales disposiciones que dan cuenta de la evolución normativa del control fiscal al interior de nuestro ordenamiento jurídico.

* Una versión preliminar del presente apartado puede encontrarse en Quiroga Natale (2021). Control Fiscal a la Compra Pública (1th ed.). Ediciones Nueva Jurídica.

1.1. Misión Kemmerer y la Ley 42 de 1923.

Los métodos de control fiscal, así como de su desarrollo se han visto afectados por los cambios en la visión de la administración del Estado y de cómo esta debe servir a los intereses de los ciudadanos en general.

La función de control fiscal en la que autodenominamos “época moderna” del Estado Colombiano tiene sus bases en la famosa Misión Kemmerer, liderada por el economista Edwin Walter Kemmerer, nacido en Scranton, Pennsylvania, en el año 1875, además de que fue conocido como el money doctor o asesor económico de gobiernos de países a nivel mundial, en especial de países latinoamericanos y trabajó como docente en la Universidad de Princeton.

Cabe mencionar, que como asesor extranjero en temas financieros en el gobierno del presidente Pedro Nel Ospina, en 1923, Kemmerer recomendó entre otros la creación del Banco de la República y el departamento de Contraloría, este último relacionado con la reorganización de la contabilidad oficial, y puesto en funcionamiento mediante la Ley 42 de 1923.

Sobre el particular, la Corte Constitucional (2002) ha realizado múltiples pronunciamientos a través de diferentes sentencias, señalando que:

Así, hasta el año de 1923, en el país no existía un mecanismo lo suficientemente sólido como para garantizar el control efectivo del manejo de los dineros públicos. Es célebre ya la “*Ley contra los empleados de la Hacienda*”, dictada en 1819 por el vicepresidente de la Nueva Granada, que sancionaba con pena de muerte la malversación de fondos por parte de funcionarios de la Administración. En el mismo año se estableció, mediante Decreto del 14 de septiembre, un tribunal encargado de solicitar cuentas relacionadas con el manejo de los recursos del erario, llamado Tribunal Superior de Cuentas, el cual fue reemplazado en 1821 por la Contaduría General de Hacienda, posteriormente denominada Dirección General de Hacienda y Rentas Nacionales. Y aunque en 1847, a través de la Ley Orgánica de la Administración de Hacienda Nacional, se creara la Corte de Cuentas, que luego en 1912 fue adscrita al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, lo cierto es que los mecanismos utilizados por el Estado colombiano para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal seguían siendo lentos y difusos, debido principalmente a su naturaleza netamente jurisdiccional y a su ejecución por la vía contencioso-administrativa. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-716, 2002)

En tratándose de la Misión Kemmerer, diferentes autores han proporcionado su posición, así pues, anota Gómez (2014):

En la reforma que se detalla se producen trascendentales cambios en el enfoque y la organización del control fiscal, al pasar de una entidad de carácter jurisdiccional y colegiada a una de tipo administrativo y unipersonal, hecho que situara al país en un modelo de corte anglosajón. (p.222)

Dicha misión recomienda la creación de un sistema de contabilidad y estadística para organizar las finanzas y ejercer control sobre la inversión de los recursos públicos.

Mediante la Ley 42 (1923) se crea el denominado Departamento de la Contraloría bajo una forma de Departamento Administrativo e independiente de los demás departamentos administrativos, lo que denota ya de entrada la importancia de la independencia del control que se pretendía realizar. Así mismo se dispone que esta entidad será presidida por el Contralor General de la República quien debía ser nombrado por el Ejecutivo y ratificado por la Cámara de Representantes.

La norma en cita señaló que la competencia del Contralor General será exclusivamente de los asuntos del “examen, glosa y fencimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación” (Ley 42, 1923), así mismo, encontramos que se encuentran “los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y con la manera de llevar las cuentas de la Nación” (Ley 42, 1923). Nótese como se preveía que la dirección y gestión de los recursos de carácter público solo podría ser realizada por funcionarios o empleados, sin tener en cuenta la posibilidad que existe hoy de que los particulares tomen parte activa en el recaudo, manejo y administración de recursos públicos.

Así mismo, en su capítulo III señaló que “llevará las cuentas generales de la Nación, incluyendo las relacionadas con la deuda pública” (Quiroga, 2020), aspecto bastante interesante y acertado desde entonces pues este es el denominado “control macro”, el cual tiene por objeto llevar las cuentas de la nación y de la deuda pública para pronunciarse sobre las mismas en determinado momento, y, cuando esta última por ejemplo exceda los límites establecidos o se desborde de tal manera que termine afectando la política fiscal y con esto el manejo de las finanzas públicas o el grado de calificación para acceder a préstamos con instituciones privadas u organismos multilaterales.

Por otra parte, la norma hace alusión a la facultad que reside en el contralor respecto a la determinación de la forma de ciertos documentos, así:

El contralor prescribirá la forma que deben tener los libros de contabilidad, recibos, comprobantes y en general todos los documentos que se refieran al recibo o desembolso de fondos, así como de cualesquiera formularios relacionados con las cuentas de los empleados o agentes de la República. (Ley 42, 1923, art. 13)

Cuestión que se considera desde el comienzo como una especie de coadministración y falta de independencia de las administraciones frente al órgano de control en estos aspectos, que a veces son rutinarios pero que deben ser propios de los roles que debe cumplir la administración como tal, y, es ella la que debe definir obviamente teniendo en cuenta la normatividad sobre las diferentes materias como organiza y como invertir los recursos, así como los temas administrativos que le incumben en la organización de los libros, los comprobantes de egreso y demás relacionados con el tema.

En otra de las atribuciones del Contralor se señala que podrá llamar la atención del funcionario administrativo correspondiente, hacia cualquier gasto de fondos públicos o uso de propiedades públicas que, a su juicio, sea irregular, innecesario, excesivo o superfluo, haciendo un primer acercamiento a la definición de daño que se hace hoy y teniendo en cuenta que, este ha venido avanzando incluyendo otros conceptos como gestión económica ineficaz, ineficiente e inoportuna en concordancia con los fines y cometidos del Estado.

1.2. Decreto 911 de 1932.

Sin perder de vista que mediante la ley 42 de 1923 se plasman las recomendaciones de la misión Kemmerer, es a través del Decreto 911 de 1932 que “el Gobierno Nacional decidió reorganizar la institución otorgándole el carácter de oficina de contabilidad y control fiscal e incluyendo, dentro de sus funciones, la de control previo de la gestión administrativa” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-716, 2002).

El mencionado decreto mediante el artículo 9, consagra los requisitos para celebrar un contrato:

Artículo 9: Aunque se ciñan a leyes vigentes, serán requisitos indispensables previos en la celebración de cualquier contrato u otra forma de compromiso que implique erogación de fondos del Tesoro Nacional de mil pesos (\$1.000) moneda legal o más:

c) Que el funcionario que ha de celebrarlo, someta al Contralor General una copia del contrato o convenio proyectado para que el Contralor General

certifique la partida que hubiere disponible en la respectiva vigencia fiscal. Dicho certificado del Contralor General debe acompañarse al contrato proyectado, del cual formará parte integrante, y la cantidad así afectada no estará disponible en lo sucesivo para ser gastada de distinta manera a menos que el Gobierno quede libre de tal contrato u obligación. Se entiende que esta reserva es válida por el tiempo, que fijan las leyes sobre la materia. (Decreto 911, 1932, art. 9, literal c)

Obsérvese que el control previo que se define en este Decreto se trata desde una óptica numérico legal del gasto, en particular al cumplimiento de las normas de presupuesto público; verificando si hay disponibilidad presupuestal para efectuar dicha erogación, o si por el contrario esta compromete recursos que aún no han sido asignados en el presupuesto de la respectiva vigencia fiscal, y, si finalmente se cumple con el requisito de disponibilidad, realizar el proceso de comprometer definitivamente el presupuesto público, sin que ese compromiso pueda ser desviado para otro tipo de gasto. Se menciona en una primera aproximación el concepto de reserva, es decir apartar recursos públicos que no puedan ser comprometidos para otros fines.

Trae una disposición novedosa para esa época que consiste en determinar que cuando un contrato deba ejecutarse durante varias vigencias, se debe cumplir como requisito que en la vigencia que se inicia el contrato exista la respectiva partida presupuestal disponible para cubrir el costo de la parte del contrato que se espera ejecutar durante esa vigencia, y, durante las vigencias siguientes hasta su terminación, deberá contarse con la apropiación respectiva en cada uno de sus presupuestos, esto con el ánimo de lograr la cabal ejecución contractual sin contratiempos por falta de recursos.

Este concepto incluye lo que hoy se conoce como “vigencias futuras” que obliga asegurar ex - ante los recursos en las diferentes vigencias², mediante el compromiso de las mismas partidas presupuestales que sean requeridas para tal fin.

También incluye lo que prescribe el actual Decreto 111 de 1996 respecto del principio de programación integral así, al establecer que “todo programa presupuestal deberá contemplar simultáneamente los gastos de inversión y de funcionamiento que las exigencias técnicas y administrativas demanden como necesarios para su ejecución y operación, de conformidad con los procedimientos y normas legales vigentes” (Decreto 111, 1996, art. 117).

Principio este que nos obliga hacer la programación presupuestal de tal manera

2 - El Presupuesto se maneja con el sistema de causación y no de caja, de tal manera que al mencionar que se deben asegurar los recursos, nos está indicando que las partidas presupuestales deben estar inmersas en los presupuestos de todas y cada una de las vigencias que se espera afectar con el perfeccionamiento y posterior ejecución del respectivo contrato estatal.

que se asegure no solo la ejecución sino la entrada en operación independientemente del tipo de gastos, lo que busca es que los recursos se inviertan de manera eficiente y cumpla con las finalidades del Estado y no que se queden proyectos terminados en cuanto a la obra civil, por ejemplo, pero sin la posibilidad de dotarse y entrar en funcionamiento por falta de recursos disponibles para tal fin.

1.3. Ley 20 de 1975.

La ley 20 de 1975, a través de su artículo 2 hace referencia a la vigilancia que debe ejercer el Contralor General, de la siguiente manera:

El Contralor General de la República, ejercerá sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento. (Ley 20, 1975, art. 2)

La citada disposición buscaba integrar bajo su ámbito de control el espectro más amplio posible de los recursos que de una u otra manera eran responsabilidad de determinadas personas o entidades. Sin embargo, por medio de la Sentencia 45, con expediente número 1571, la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la expresión “a cualquier título”, contenida en el artículo citado de manera precedente, teniendo como argumento central que solo aquello que corresponde a Gestión Fiscal es de la órbita del Contralor.

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia presenta su posición de la siguiente manera:

Una expresión tan amplia como la frase “a cualquier título” implica la posibilidad de vigilancia fiscal no solamente sobre los particulares que ejercen una verdadera gestión fiscal (v. gr: Federación Nacional de Cafeteros) sino también respecto de personas que detentan precariamente dineros o bienes públicos, como es el caso de las obligadas a retener impuestos. (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia Número 45, Expediente 1571, 1987)

La misma Ley establece que “la Contraloría General de la República, aplicará sobre las dependencias incluidas en el Presupuesto Nacional, los sistemas de control fiscal que ha venido empleando dentro de sus etapas integradas de Control Previo, Control Perceptivo y Control Posterior” (Ley 20, 1975, art.3).

El control previo fue definido en el Decreto 925 de 1976 así: “consiste en

examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos” (Decreto 925, 1976, art. 2).

Dicho control fue objeto de amplia discusión al mostrarse prima facie como una clara muestra de intromisión en los deberes y derechos que tenían los servidores y las entidades para desarrollar su administración de manera independiente, sometiéndose a la aprobación de un órgano de control que hacía que las operaciones se realizaran de manera paquidémica y que adicionalmente no asumía o por lo menos no era clara la responsabilidad del órgano de control cuando se realizaban operaciones que no cumplían con los principios del manejo de lo público y no se lograban los resultados esperados.

Adicionalmente a través del artículo 5, hace alusión a la administración financiera, como se evidencia a continuación:

La Contraloría General deberá establecer los procedimientos pertinentes para que, mediante un sistema de posterior revisión, todos los giros, ordenaciones de pago y demás documentos que deberán acompañar el movimiento diario de fondos y bienes sean estudiados por el Auditor Fiscal, dentro del día siguiente a cada ejercicio cotidiano. (Ley 20, 1975, art. 5).

La citada disposición se torna absurda frente a las operaciones que se revisaron de manera previa y que significan una doble vigilancia que hacía que las entidades gastaran un buen tiempo sometiendo sus operaciones a un control previo, para luego ser sometida otra vez a una revisión posterior inadecuada desde el punto de vista de la eficiencia y de la consecución de resultados.

1.4. Decreto 222 de 1983.

Con la expedición del Decreto 222 de 1983, se hacen modificaciones a los sistemas de control respecto de la Contratación del Estado y se hace referencia al control posterior modificando lo dispuesto en la Ley 20 de 1975 y el Decreto 925 de 1976.

De esta forma, el artículo 298 del Decreto 222, hace referencia a la intervención de la Contraloría, así:

La intervención de la Contraloría General de la República en todo el proceso de contratación a que se refiere este estatuto, se limita exclusivamente al ejercicio

de un control posterior que consistirá 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. (Decreto 222, 1983, art. 298)

Aunado a lo anterior, el parágrafo del artículo citado con anterioridad, señala que se entiende por control posterior:

Aquel que se aplica una vez se hayan realizado y perfeccionado íntegramente los actos administrativos sujetos a ese control y por lo tanto la Contraloría no podrá intervenir en ningún proceso administrativo de contratación como son la elaboración de pliegos de condiciones, el estudio de propuestas, la adjudicación, perfeccionamiento de los contratos y la liquidación de contratos. (Decreto 222, 1983, art. 298, Parágrafo)

Lo anterior, deja en evidencia con esta norma la incomodidad, insatisfacción y el rechazo si se quiere decir así, a la intromisión del organismo de control en cuestiones que solo atañen a la administración, obviamente por mandato legal pero ineficiente desde el punto de vista de las funciones que deben desarrollar las entidades y sus funcionarios al ser específica en aspectos que tienen que ver con la contratación del Estado.

1.5. Constitución Política de 1991 y Ley 42 de 1993.

La Constitución Política de 1991 cambia el enfoque del Control Fiscal al determinar que este se realizará de manera posterior y selectiva, incluyendo sin lugar a dudas un concepto de eficiencia en el control fiscal, pues al realizarse de manera posterior se permite a las entidades que son las que tienen bajo su responsabilidad la utilización de los recursos públicos hacer uso de ello de acuerdo con las normas, pero con sus propias políticas, lineamientos y directrices, que les permitan cumplir con su plan de desarrollo, objetivos y metas.

Esto permite realmente desarrollar el concepto de administración en todas sus dimensiones privilegiando la toma de decisiones autónomas y responsables sobre los recursos públicos que resultan escasos desde la misma concepción de recursos inmersos en una economía³ en la cual siempre se considera habrá una relación directa entre necesidades y recursos, pero que estos últimos nunca son suficientes para satisfacer las primeras, es allí donde se deben introducir conceptos

³ Entendida la economía como la ciencia que estudia la forma como las sociedades utilizan unos recursos que son escasos para satisfacer sus necesidades, se pregunta qué bienes se producen, como se producen y para quien se producen.

como eficiencia y eficacia que debe ser el eje central del Control Fiscal desarrollado por las Contralorías.

Aunado a ello, se deja claro que el control es selectivo, esto resulta íntimamente ligado con el concepto de eficiencia, si se tiene en cuenta los recursos que se requieren para cumplir con esta función pública; solo basta con imaginarnos en términos de personal, de tiempo utilizado y de recursos financieros asociados a los mismos, cuando tratamos de vigilar la gestión fiscal de un número indeterminado de personas que realizan operaciones durante toda la vigencia fiscal y que el personal asignado a dicha vigilancia es un porcentaje mínimo comparado con el total de las personas que realizan estas operaciones, esto entonces hace que la selectividad nos permita utilizar herramientas muy útiles como la estadística, para de una población total extraer una muestra representativa, obtenida de manera técnica y con criterios definidos por la Contraloría, para lograr abarcar gran parte de los recursos financieros utilizados pero también poder a través de esa muestra sacar conclusiones sobre el resultado de la administración hecha por las entidades, sus funcionarios y contratistas, entre otros.

Adicionalmente apartar de una vez por todas al organismo de control de las decisiones tomadas por las entidades y sus funcionarios y obviamente dejar claras las responsabilidades de unos y otros en el desarrollo de las diversas operaciones que implican el manejo de recursos públicos a través de la denominada gestión fiscal, y, la responsabilidad del órgano de control pero ya no autorizando sino revisando y evaluando ex - post que se cumpla en el desarrollo de la gestión con diversos principios como el de legalidad y el de eficiencia.

En su momento la Corte Constitucional destacó la importancia y naturaleza del control fiscal vigente para la época al expresar:

La naturaleza del control y vigilancia que ejerce la Contraloría General de la República es posterior y selectiva, lo cual constituye una de las características del actual modelo de control fiscal. Ello se acompaña con la prohibición de atribuir a la Contraloría funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, a fin de evitar toda forma de coadministración y garantizar la independencia y autonomía del órgano de control. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-470, 2017).

Lo anterior, denota las bondades del control posterior y adicionalmente cumple con el principio de separación de poderes propio de un modelo de corte Republicano.

La ley 42 de 1993 estipula que la vigilancia de la gestión fiscal se fundamenta en principios como los de economía, eficacia y equidad. Además, incluye un criterio que podría decirse novedoso para la época como es la valoración de “costos ambientales” el cual resulta complejo en su determinación in situ y genera dificultad en el desarrollo del control.

Esa misma ley disponía que “en igualdad de condiciones de calidad de los bienes y servicios se preferirá la que se obtenga al menor costo” (Ley 42, 1993, art.8, derogado por el Decreto Ley 403, 2020, art. 66), esto obviamente fue incongruente con las modalidades de selección de contratistas y los mecanismos utilizados para tal fin; por ejemplo, en una licitación pública con un sistema de ponderación o de calificación de las propuestas, se deja de lado la propuesta más económica y se otorga el mayor puntaje en la propuesta económica de acuerdo con la fórmula utilizada, alejándola del menor precio, obsérvese que esto es un sistema de selección ineficiente, pues se está elevando artificialmente el precio, lo que genera una mala asignación de los recursos, lo cual quiere decir que se está gastando más cantidad de recursos en satisfacer una necesidad que podría haberse contratado a un precio menor, teniendo en cuenta el supuesto de que todos los demás factores se encuentran en un mismo nivel o igualdad de condiciones y haciendo énfasis en que los recursos son escasos en todo momento y lugar y en el costo de oportunidad, pues estamos contratando a un precio más alto del que podríamos contratar.

Se encuentra entonces que la Ley establecía este criterio para realizar la vigilancia fiscal pero en la práctica con esta forma de calificar la propuesta económica se desestimula la productividad, la eficiencia y puede generar el desplazamiento de los mejores contratistas a ciertas actividades (sector privado) generando con ello que no se contrate con las personas idóneas que puedan representar para la entidad un ahorro de recurso o lo que es lo mismo una utilización eficiente de los recursos, toda vez que con menos pesos por ejemplo se podría contratar el bien o servicio con una persona idónea, por lo tanto tiende a generar un incentivo negativo y posiblemente un desestímulo en la productividad. Esto se daría porque el proponente más productivo tiene los procesos y procedimientos técnicos más adecuados o más avanzados o tiene un sistema de costos menor que los demás proponentes no ganaría en este caso y esto genera un incentivo negativo en este tipo de proponentes, siendo un contrasentido de acuerdo con lo que disponía la Ley 42 de 1993 respecto de los principios y criterios a tener en cuenta para la vigilancia de la gestión fiscal.

También se incluye en esta norma la posibilidad de imponer multas a las personas que no acataren las citaciones hechas por el organismo de control, no

rindieren las cuentas en debida forma o en la oportunidad requerida entre otras causales.

1.6. Acto Legislativo 04 de 2019 y Decreto Ley 403 de 2020.

En el Acto Legislativo 04 de 2019 se realiza una innovación fundamental respecto de la cual:

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control. (Acto Legislativo 4, 2019, art. 1)

Obsérvese la introducción del control preventivo y concomitante que nos permite recordar el fantasma del control previo, que tan malas experiencias trajo consigo y pocos resultados positivos produjo.

Sin embargo, se deja claro como se lee en el detalle de la disposición citada y deberá entenderse así, que este no será ni puede implicar coadministración, cumpliendo con los principios de la prohibición y de la separación de poderes encontramos que, para las Contralorías de realizar labores administrativas diferentes a las inherentes para su propio funcionamiento, sino que tendrá como fin prevenir en tiempo real algunos riesgos y situaciones que se adviertan pueden tener algún tipo de impacto sobre el manejo de los recursos y no versa sobre la conveniencia de las decisiones tomadas en materia de administración por parte de las entidades y sus servidores.

Este control concomitante y preventivo se encuentra exclusivamente en cabeza del Contralor General de la República, dejando a las contralorías territoriales sin competencia funcional para hacer uso del mismo.

Por su parte el Decreto Ley 403 de 2020 añade una serie de principios a lo que denomina vigilancia y control fiscal, como el principio de desarrollo sostenible, el cual busca que la gestión económica – financiera del Estado, tenga en cuenta la preservación de los recursos naturales, así mismo el principio de efecto disuasivo.

Vale la pena mencionar que, en virtud de este principio se persiguen resultados positivos, como lo establece el Decreto 403:

La vigilancia y el control fiscal deben propender a que sus resultados generen conciencia en los sujetos a partir de las consecuencias negativas que les puede acarrear su comportamiento apartado de las normas de conducta que regulan su actividad fiscal. (Decreto 403, 2020, art. 3)

Cuestión esta que se considera importante, pero sin mencionarlo se entiende que precisamente el control fiscal busca tácitamente fomentar este tipo de comportamientos positivos en el cumplimiento de las normas y los procedimientos, o, disuadirlos de desviarse de la aplicación de las mismas.

El Decreto Ley 403 desarrolla una figura novedosa como es la intervención funcional excepcional, según la cual:

La Contraloría General de la República podrá intervenir en cualquier tiempo en los ejercicios de vigilancia y control fiscal a cargo de las contralorías territoriales, desplazándolas en sus competencias y asumiendo directamente el conocimiento de los asuntos objeto de intervención. (Decreto 403, 2020, art. 22)

Cabe resaltar, que se requiere presentar solicitud de forma previa, por parte de algunas autoridades o de la ciudadanía a través de los mecanismos de participación ciudadana, cuestión esta que resulta importante cuando por diferentes circunstancias no se realiza esa vigilancia y control fiscal en la debida forma y con la rigurosidad necesaria por parte de las Contralorías Territoriales, o se crea que no existe imparcialidad o existan indicios de actos de corrupción, entre otros.

Con el advenimiento de la sentencia C-209 de 2023 proferida por la Corte Constitucional, se declararon inexecutable los artículos 78, 79, 80, 81, 82 85, 86, 87 y 88 del Decreto Ley 403 de 2020, así como la exequibilidad condicionada de los artículos 83 y 84 del mismo corpus normativo.

La razón principal esgrimida por la Corte para la toma de las decisiones en comento, fue la falta de competencia funcional del Presidente de la República, quien desbordó la habilitación normativa prevista en el Acto Legislativo 04 de 2019, mediante el cual, solo estaba autorizado para regular los precisos temas previstos en dicha norma dentro de los cuales no estaba el proceso administrativo sancionatorio fiscal. La citada declaratoria de inexecutable, produjo además la pérdida de

fuerza de ejecutoria de la Resolución Reglamentaria Orgánica No. 0039 de 2020⁴.

Para evitar que el procedimiento sancionatorio fiscal quedara sin piso regulatorio, ordenó la reviviscencia de los artículos 99 al 104 de la Ley 42 de 1993 así como del párrafo del artículo 114 de la Ley 1474 de 2011.

2. EL CONTROL FISCAL. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.

En una aproximación inicial a la dogmática del control fiscal en Colombia, se debe hacer referencia a la definición normativa de dos conceptos que resultan muy semejantes por su naturaleza y función pero que poseen un estatuto teórico propio a saber: (i) el control fiscal y (ii) la gestión fiscal.

(i) El Decreto 403 de 2020 establece la finalidad del control fiscal, como se observa en su articulado:

Es la función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado, y supone un pronunciamiento de carácter valorativo sobre la gestión examinada y el adelantamiento del proceso de responsabilidad fiscal si se dan los presupuestos para ello.

El control fiscal será ejercido en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal, sin perjuicio del control concomitante y preventivo, para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos que establecen la Constitución Política y la ley. (Decreto 403, 2020, art. 2)

Obsérvese que la definición de Control Fiscal debe entenderse en un sentido amplio o lato, que contiene actividades de diversa índole y que como tal busca finalmente examinar si dentro de todo el proceso administrativo que implica el despliegue de múltiples actividades gerenciales, jurídicas, financieras, técnicas etc., se cumplió con los principios, políticas y cometidos dentro del marco

⁴ expedida por el Contralor General de la República, mediante la cual se “establecen las reglas para el ejercicio de la potestad sancionatoria fiscal al interior de la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones”.

institucional aplicable a cada entidad, y, si ese despliegue administrativo logra efectos positivos entendido como resultados que permitan la consecución de los fines estatales, a través de los mecanismos que se tiene para realizar este tipo de mediciones, y llegar a unas conclusiones al respecto sobre la actuación de las entidades a través de sus servidores.

Por su parte, “en la exposición de motivos del Acto Legislativo 4 de 2019 se explicó la ineficiencia del control posterior y selectivo. Se planteó la necesidad de introducir un complemento mediante el control denominado preventivo y concomitante” (Sentencia C 140, 2020). Este funcionaría de forma adicional al control posterior y selectivo, cuya finalidad es no la reparación del daño sino la advertencia de riesgos que se puedan presentar en desarrollo de la gestión fiscal y que impliquen posibles complicaciones o daños en el manejo de los recursos públicos.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional se ha pronunciado mediante diferentes sentencias:

El control concomitante o preventivo de manera alguna paraliza la actividad administrativa. Además, este no resulta vinculante para la contratación y mucho menos entorpece la actividad de la administración, pues su ejercicio se materializa a través de la figura de la advertencia, la cual permite que la actuación del gestor continúe. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-140, 2020)

De lo anterior se colige que el control fiscal es una función pública ejercida por los órganos de control fiscal, de manera posterior y selectiva (pero también puede ser concomitante y preventivo), con el fin de proteger el patrimonio público, para establecer si los recursos utilizados en desarrollo de la gestión fiscal fueron utilizados de acuerdo con los mandatos Constitucionales y Legales y si fueron eficientes y eficaces, ayudando a la consecución de los fines estatales, utilizando todas las herramientas técnicas, tecnológicas, financieras y demás a su alcance para desarrollar esta labor.

(ii) La Gestión Fiscal, se encuentra definida en la Ley 610 de la siguiente manera:

ARTICULO 3o. GESTION FISCAL. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realiz-- an 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. (Ley 610, 2000, art. 3)

Este concepto enmarca una serie de actividades multidimensionales, que realizan los servidores públicos y los particulares que manejan o administran recursos públicos, para que mediante el uso de estos recursos se logren los fines del Estado, con sujeción a una serie de principios que como decíamos son imperativos, pues se entienden como mandatos para guiar el comportamiento de las personas y lograr un fin ulterior que se considera es bueno, como lo es el cumplimiento de los fines estatales.

Al respecto la Corte Constitucional a través de la sentencia C-840 de 2001, anota:

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001)

En calidad de corolario del presente apartado, y teniendo en cuenta las definiciones normativas y jurisprudenciales relacionadas *ut supra*, podemos afirmar que entre control y gestión fiscal existe una relación instrumental y

consecuencial, ya que el control fiscal es la función pública por medio de la cual se vigila la gestión fiscal.

3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL FISCAL

El Control Fiscal es función Pública, concepto este que define la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los siguientes términos:

Ahora bien, para cumplir cada una de esas tareas el Estado debe agotar un procedimiento, que como todo procedimiento está integrado por etapas, cada una de las cuales constituye lo que se conoce como Función Pública. Así las cosas, la función pública se identifica como cada una de las etapas del procedimiento que sigue el Estado para la realización de las diferentes tareas a su cargo, una de las cuales es la prestación de servicios públicos. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia 11001-03-06-000-2006-00034-00, 2006)

Esto permite señalar que “el Estado desde el punto de vista funcional se concibe, no por sus estructuras, sino por las funciones que desarrolla para la realización de las tareas o cometidos a su cargo” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia 11001-03-06-000-2006-00034-00, 2006).

El Control Fiscal es autónomo e independiente. El artículo 117 constitucional señala que “El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control” (Const., 1991, art.117) y que la función Pública de Control Fiscal es ejercida por un organismo autónomo, de raigambre constitucional, sin dejar de lado que todos los organismos del Estado cumplen funciones diferentes y bien diferenciadas pero que deben colaborar entre sí para la consecución de los fines estatales.

La honorable Corte Constitucional respecto de la autonomía e independencia ha dicho:

De manera general, la Corporación ha considerado que la autonomía que ostentan los organismos que llevan a cabo funciones de control fiscal debe ser entendida en el marco del Estado unitario, lo cual significa que ésta se ejerce con arreglo a los principios establecidos por la Constitución Política y la ley. En este sentido la mencionada autonomía consiste, básicamente, en el establecimiento de una estructura y organización de naturaleza administrativa especializada, a la cual se le ha asignado un haz de competencias específicas que

pueden ejercerse de manera autónoma e independiente, a través de órganos propios, y que dispone, al mismo tiempo, de medios personales y de recursos materiales de orden financiero y presupuestal que puede manejar, dentro de los límites de la Constitución y la ley sin la injerencia ni la intervención de otras autoridades u órganos. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-832, 2002)

De manera práctica esa autonomía e independencia se desarrolla desde el punto de vista orgánico de la entidad que ejerce el Control Fiscal y de la misma manera de establecer sus métodos, sus procedimientos y administrarse sin tener la injerencia de ningún otro organismo o estar adscrito o vinculado a otra rama del poder público.

El Control Fiscal es posterior y selectivo . Lo cual tiene implicaciones del momento en que realmente puede comenzar su ejercicio, esto significa que solo cuando la administración ha terminado su accionar es que se puede ejercer realmente el Control Fiscal, por ejemplo, después de perfeccionado el contrato estatal, o en tratándose del mismo tema cuando se liquida el contrato estatal como tal. Lo posterior no significa que deba pasar un largo o extenso periodo de tiempo, sino que debe dejarse actuar a la administración y cuando de acuerdo con los procedimientos establecidos se haya concluido con la labor administrativa es allí donde se puede actuar por parte del organismo de control para determinar si esas actuaciones por parte de las entidades y de sus servidores fueron adecuadas, oportunas, etc. y sirvieron para cumplir con los fines estatales.

El cuanto a la selectividad podemos decir que los organismos de control deben tener métodos establecidos para básicamente determinar el tamaño de la muestra que se va a revisar o evaluar dentro del ejercicio de la función pública de Control Fiscal, esto quiere decir que se deben diseñar instrumentos estadísticos que nos permitan aproximarnos a sacar conclusiones del comportamiento poblacional basados en las muestras que determinemos como representativas. Dicho de otra manera, que podamos extrapolar lo que pasa en la población, basados en esa muestra que hemos seleccionado. Para eso pues de acuerdo con la experiencia los órganos de control deberán utilizar su pericia, su experiencia, criterios de cuantía, de complejidad de lo contratado, etc., para lograr la mejor muestra posible en cuanto a calidad y cantidad y obviamente teniendo en cuenta los recursos con los que cuenta para cumplir con tan importante labor.

El Control Fiscal también tiene como finalidad, determinar el cumplimiento de las disposiciones Constitucionales y legales que rigen las actuaciones administrativas de la entidad. Lo cual incluye necesariamente determinar si las contrataciones se

han ajustado al objeto de los contratos y a las disposiciones vigentes sobre el tema, realizar pronunciamientos sobre la eficiencia y eficacia de las actuaciones llevadas a cabo por parte de la administración para alcanzar las metas, el desarrollo de los planes y el cumplimiento finalmente de los fines estatales, aplicando en cada caso los principios de la función administrativa y los que rigen el control fiscal como tal, que permita determinar si esa gestión fue realmente productiva en términos de las labores que debe adelantar el Estado, de las condiciones que se deben cumplir en el desarrollo de la gestión administrativa y finalmente en el cumplimiento del mandato constitucional de velar por el bienestar general.

4. NOMOÁRQUICA DE LA VIGILANCIA Y EL CONTROL FISCAL

Principio viene del latín “principium”: fundamento, inicio, punto de partida, idea rectora, regla fundamental de conducta. En el sentido lógico, el principio es un concepto central, el fundamento de un sistema, se constituye en una guía y máxima de optimización.

Si los principios indican el comportamiento que seguimos habitualmente dadas tales o cuales circunstancias entonces reciben el nombre de máximas; son propiamente normas con un marcado acento deóntico.

La racionalidad limitada y el comportamiento oportunista en los seres humanos hace que estos principios no sean máximas irreductibles, sino que se convierten en normas generales de comportamiento que nos indican de manera general como debemos actuar en determinadas circunstancias, en este caso como debemos realizar la gestión fiscal y como desde los órganos de control nos van a ver, a evaluar e incluso a calificar en determinado momento.

El artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020 define la nomoárquica del control fiscal, integrada por los siguientes principios:

“Eficiencia. En virtud de este principio, se debe buscar la máxima racionalidad en la relación costo-beneficio en el uso del recurso público, de manera que la gestión fiscal debe propender por maximizar los resultados, con costos iguales o menores” (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. a).

Sin lugar a dudas este es un principio fundamental que retrata esa relación que debe existir siempre, y que debe ser una máxima de optimización de las personas que manejan recursos públicos, esa relación beneficio – costo que permita lograr

resultados al menor costo posible, teniendo en cuenta diversos factores que afectan la gestión fiscal y el uso de los recursos que en desarrollo de ella se utilizan.

En esa misma línea, la Corte se ha pronunciado respecto al principio de eficiencia, señalando que:

Se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-826, 2013)

La eficiencia se ocupa de la relación entre los costes asumidos (es decir los recursos) y el fin perseguido (los fines estatales). Lo que quiere decir que si se tiene en cuenta este principio se deberá lograr el fin estatal con la menor cantidad de recursos posibles y logrando el mayor beneficio para en este caso la sociedad en general.

Esto debe hacernos reflexionar sobre los procesos y procedimientos que deben realizarse al interior de la administración y como se deben observar por parte del órgano de control.

En procesos de contratación, por ejemplo, es sustancial al cumplimiento del principio de eficiencia, que el precio del contrato provenga de un juicioso estudio de mercado en donde se haya analizado el sector, los costos de producción, transacción, exógenos, utilidad razonable, etc.

“Eficacia. En virtud de este principio, los resultados de la gestión fiscal deben guardar relación con sus objetivos y metas y lograrse en la oportunidad, costos y condiciones previstos” (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. b).

Tratándose de gestión pública, de su seguimiento y evaluación, el principio de eficacia debe estar asociado al logro de resultados. Aquí no se trata de analizar los medios utilizados, sino que los logros obtenidos estén acordes con las políticas y el proceso de planeación que se hizo anteriormente. Podemos decir que un proceso de planeación asociado a una política pública resulta eficaz si cumple con los objetivos esperados, con la calidad esperada y en el tiempo que se dispuso para tal fin.

Asimismo, la alta Corte analiza los principios de eficiencia y eficacia, de acuerdo con lo siguiente:

En cuanto a los principios de eficacia y eficiencia, la Corte ha afirmado en relación con el primero, que la eficacia está soportada en varios conceptos que se hallan dentro de la Constitución Política, especialmente “en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados.” En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye “una cualidad de la acción administrativa... en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo” Así mismo añade que “en definitiva, la eficacia es la traducción (...) 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. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-826, 2013)

Nótese la mención que la Corte hace de la garantía de la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, esto es el desarrollo del principio de eficacia, en un entorno en que los recursos como ya lo mencionamos anteriormente resultan siempre escasos, se debe realizar un proceso de planeación, de definición y priorización de necesidades, para que con la utilización de los recursos con que cuentan las entidades se pueda lograr beneficiar a la mayor cantidad de personas posibles y con ello incrementar el nivel de vida de la sociedad. Lo que predica este principio es que se genere una externalidad positiva en la cual los actores involucrados tengan presente que los recursos siempre y en todo lugar, deben utilizarse de tal manera que pasemos de una situación A a una situación B, pero esta última debe contener un diferencial, y, es haber solucionado alguna problemática, haber provisto un bien o servicio o haber mejorado sustancialmente la situación inicial, y de esta manera sin duda se estaría cumpliendo con los fines estatales.

Sobre la citada línea hermenéutica, la Corte sostiene su posición de la siguiente forma:

En este orden de ideas, es evidente para esta Corporación que el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para sus derechos e intereses. Igualmente, que la eficacia de las medidas adoptadas por

las autoridades debe ser un fin para las mismas, es decir, que existe la obligación de actuar por parte de la administración y hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso administrativo. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-826, 2013)

En este sentido es posible afirmar que cuando las autoridades están ante la disyuntiva de que personas beneficiar o que sectores atender, dependiendo de la política pública o del proceso de contratación que se vaya a realizar, siempre deberá tener en cuenta el mandato de la Constitución Política, cuyo contenido establece que “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” (Const., 1991, art. 2).

De lo que se trata entonces es que los recursos escasos se usen de acuerdo con el mandato Constitucional en las actividades que generen mayor impacto en la sociedad, que los recursos públicos se inviertan, no se gasten, y, aunado a ello entonces se verán los resultados de calidad de vida y satisfacción de necesidades.

La eficacia resulta entonces en el resultado obtenido y por lo tanto se debe hacer análisis de impacto de las políticas propuestas, de los recursos utilizados y de los resultados conseguidos. Nótese que se habla de inversión de recursos públicos, no de gasto de recursos públicos ni de ejecución presupuestal, para presentar unos indicadores que en determinado momento no expresan nada significativo frente al logro de los cometidos estatales, se habla de inversión de recursos públicos y por lo tanto de metas, de logros, de resultados y de cumplimiento del mandato expreso en la norma superior de promover el bienestar general.

En lo concerniente al principio de **Equidad**, el Decreto 403 consagra lo siguiente:

En virtud de este principio, la vigilancia fiscal debe propender por medir el impacto redistributivo que tiene la gestión fiscal, tanto para los receptores del bien o servicio público considerados de manera individual, colectivo, o por sector económico o social, como para las entidades o sectores que asumen su costo. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. c).

Se habla de redistribución y en este sentido los campos de aplicación son múltiples, pues se entrecruzan diversas actividades, sectores y entidades que pueden ayudar a lograr este cometido.

En una economía basada en el libre mercado se presentan permanentes disyuntivas entre equidad y eficiencia; es allí donde la Hacienda Pública y su teoría nos permite entender y dilucidar esas dificultades a las que se enfrenta la administración en determinado momento, recursos escasos frente a necesidades de la población múltiples y crecientes.

A través de la política de ingresos y gastos podemos lograr en determinado momento cerrar un poco la brecha entre los más y los menos favorecidos, y es allí donde se debe centrar la evaluación. La redistribución se logra básicamente a través de impuestos y de subsidios, evidenciar si el sistema tributario realmente es progresivo o si por el contrario es regresivo resulta importante para saber cuál es la política desde el nivel central. A través de un sistema y de unos impuestos progresivos se logra obtener recursos de las clases más favorecidas y de los sectores más favorecidos para ser transferidos de diversas maneras al funcionamiento del Estado y a las clases y sectores que más lo necesitan.

Como utilizo esos recursos con las clases y sectores menos favorecidos, un programa muy aceptado es el de subsidios, pero estos programas deben contar con un proceso de evaluación permanente que permita visualizar el impacto que los mismos generan y los incentivos que producen en la población.

Un sistema de subsidios debe analizar el proceso de selección de beneficiarios, pues de esto depende que con el supuesto de que siempre los recursos son escasos, puedan acceder a ser beneficiarios la mayor cantidad de personas, pues un proceso de selección que no tenga los controles necesarios y que no sea riguroso permite que muchas personas que no tienen derecho en términos de equidad redistributiva accedan a ello, dejando por fuera a las personas que realmente necesitan de ese subsidio.

En segundo lugar, un programa de subsidios deberá analizar cada uno de ellos por separado, monitorearlo, evaluarlo y a cambiar su estructura de ser necesario, con el fin de optimizar el manejo de los recursos. En servicios públicos, por ejemplo, siempre habrá que pensar en el monto, el porcentaje del subsidio y sobre todo en la cantidad de consumo que se debe subsidiar, para que no se desperdicien los recursos naturales y por este medio se utilicen ineficientemente los recursos públicos.

Esto es porque los subsidios en su mayoría generan incentivos negativos en las personas, esto es que desestimulan el ahorro en cuanto al consumo, ejemplo de estos están los subsidios a los servicios públicos y el subsidio a la salud que no tiene ningún incentivo para disminuir el consumo, para no malgastar los recursos

naturales o para formalizar en determinado momento su actividad productiva y ser no beneficiario del subsidio de salud sino del régimen contributivo.

En el campo de la educación, por ejemplo, las entidades avanzaron en cobertura, pero que calidad educativa se está brindando, acordémonos que la equidad es disminuir la brecha, pero esta se disminuye y se provee en este caso el servicio educativo, pero con un grado importante de calidad.

Todas estas apreciaciones se deben hacer en contexto, atendiendo los fines estatales, los recursos disponibles y las necesidades que tiene la población, que deben ser priorizadas, y siguiendo los mandatos que impone el ordenamiento jurídico en la materia.

Respecto al principio de **Economía**, “en virtud de este principio, la gestión fiscal debe realizarse con austeridad y eficiencia, optimizando el uso del tiempo y de los demás recursos públicos, procurando el más alto nivel de calidad en sus resultados” (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. d).

En desarrollo de este principio las entidades deben actuar y el órgano de control verificar de tal manera que se aplique la mayor racionalidad en el uso de los recursos, hemos dicho que el ser humano es racional, pero que esa racionalidad es limitada y además actúa de manera oportunista; lo que se busca con este principio es que se haga el mayor esfuerzo racional para tomar decisiones respecto de la utilización de los recursos públicos, que los insumos requeridos sean los que realmente se necesitan para lograr los resultados esperados en determinado momento.

Se trata de mirar si la asignación de recursos es lo más conveniente y si esa conveniencia nos acerca a lograr los mejores resultados posibles dentro de una serie de opciones que en determinado momento pueden escoger las entidades, de lo contrario observar si esa asignación no fue austera y los recursos utilizados no se asignaron de tal manera que se lograra el mejor resultado en términos de calidad.

Entonces, es de preguntarse si la planeación realizada fue la adecuada y si dentro de esa planeación se realizó una priorización de necesidades para que basados en ella se asignen los recursos para lograr el mayor beneficio en la utilización de los mismos.

Se debe observar si con los programas y proyectos formulados y ejecutados cumplieron con los procesos estrictamente necesarios y no se diluyeron en el tiempo, ni tampoco se desbordaron en cuanto a la asignación de recursos, pues de

esto depende mucho la rentabilidad del proyecto, pero no solo la rentabilidad vista desde el punto financiero, sino la rentabilidad económica y social que pudo o puede generar en su momento y hacia el futuro.

En lo referente al principio de **Concurrencia** “la Contraloría General de la República comparte la competencia de la vigilancia y control fiscal sobre los sujetos y objetos de control fiscal de las contralorías territoriales en los términos definidos por la ley” (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. e).

El principio de concurrencia es desarrollado por el Decreto Ley 403 de 2020 en su artículo 4 al disponer:

Las contralorías territoriales vigilan y controlan la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios y demás entidades del orden territorial, así como a los demás sujetos de control dentro de su respectiva jurisdicción, en relación con los recursos endógenos y las contribuciones parafiscales según el orden al que pertenezcan, de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley; en forma concurrente con la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto ley y en las disposiciones que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

En todo caso, corresponde a la Contraloría General de la República, de manera prevalente, la vigilancia y control fiscal de los recursos de la Nación transferidos a cualquier título a entidades territoriales, así como las rentas cedidas a estas por la Nación, competencia que ejercerá de conformidad con lo dispuesto en normas especiales, en el presente decreto ley en lo que corresponda, bajo los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. (Decreto 403, 2020, art. 4).

El término concurrente se utiliza para calificar a aquel o aquello que concurre, es decir que se junta o coincide con otro u otros en el mismo sitio y/o momento, para desarrollar una labor determinada.

Vale la pena mencionar, que mediante el concepto 110.71.2020, la Auditoría General de la República indicó que:

De acuerdo al primer inciso de la norma transcrita, respecto de los recursos endógenos, es decir los recursos propios, y de los provenientes de contribuciones parafiscales de las entidades territoriales, su vigilancia y control corresponden a las contralorías territoriales de forma concurrente con la CGR, entendiéndose

por concurrente, una competencia compartida. (Auditoría General de la República, Concepto 110.71.2020, 2020, p.6)

Lo anterior significa que la Contraloría General de la República puede concurrir en el Control Fiscal de este tipo de recursos con las Contralorías Territoriales, es decir que comparte la competencia en la vigilancia de este tipo de recursos, y puede participar junto con ellas, cuando lo considere pertinente en la vigilancia y control fiscal de los recursos mencionados.

Aunado a lo anterior, la Auditoría General de la República hace referencia a la competencia de la siguiente manera:

El inciso segundo del artículo 4º de la norma transcrita anteriormente, establece la competencia prevalente de la CGR sobre los recursos transferidos y/o cedidos por la nación a las entidades territoriales, es decir, de los recursos exógenos, entendiéndose como prevalente, que la competencia de la CGR prima sobre la competencia de la contraloría territorial. (Auditoría General de la República, Concepto 110.71.2020, 2020, p.6)

Visto en conjunto significa que las Contralorías Territoriales tienen competencia para vigilar a sus sujetos de control, pero junto con la Contraloría General de la República concurren en el control de los recursos propios de las entidades territoriales y la CGR tiene prevalencia en el control de los recursos exógenos, esto es los provenientes de la nación por ejemplo, cuestión esta que sucede en gran parte de las entidades territoriales que se financian en un muy alto porcentaje con recursos de la nación o conocidos como sistema general de participaciones.

Por otra parte, respecto al principio de **Coordinación**, con base en el Decreto 403 de 2020:

En virtud de este principio, el ejercicio de competencias concurrentes se hace de manera armónica y colaborativa, de modo que las acciones entre la Contraloría General de la República y los demás órganos de control fiscal resulten complementarias y conducentes al logro de los fines estatales y, en especial, de la vigilancia y el control fiscal. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. f).

En lo que se refiere al Desarrollo sostenible, el Decreto 403 del año 2020, dispone que:

La gestión económico-financiera y social del Estado debe propender por

la preservación de los recursos naturales y su oferta para el beneficio de las generaciones futuras, la explotación racional, prudente y apropiada de los recursos, su uso equitativo por todas las comunidades del área de influencia y la integración de las consideraciones ambientales en la planificación del desarrollo y de la intervención estatal.

Las autoridades estatales exigirán y los órganos de control fiscal comprobarán que en todo proyecto en el cual se impacten los recursos naturales, la relación costo-beneficio económica y social agregue valor público o que se dispongan los recursos necesarios para satisfacer el mantenimiento de la oferta sostenible. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. g).

En esa misma línea, de conformidad con el principio de Valoración de **costos ambientales**, el ejercicio de la gestión fiscal debe considerar y garantizar la cuantificación e internalización del costo-beneficio ambiental” (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. h).

Por otra parte, en lo que concierne al efecto disuasivo estipulado en el Decreto citado de manera precedente:

La vigilancia y el control fiscal deben propender a que sus resultados generen conciencia en los sujetos a partir de las consecuencias negativas que les puede acarrear su comportamiento apartado de las normas de conducta que regulan su actividad fiscal. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. i).

Sobre el particular se puede decir que los resultados de la vigilancia y el control fiscal deben ser socializados y entendidos junto con los sujetos de control, de tal manera que se den cuenta de sus actuaciones de toda índole que pueden en criterio del órgano de control no estar realizándose de acuerdo con los mandatos normativos, y que estas actuaciones que contrarían el ordenamiento pueden tener un impacto negativo tanto en el servidor público como en la entidad y en la misma sociedad; se trata de internalizar por parte de las entidades y sus servidores y aprender en determinado momento para tomar las acciones correctivas que a futuro pueden ayudar a mejorar la gestión fiscal y por tanto el resultado de la misma, en términos de impacto sobre el bienestar de la sociedad.

Resulta evidente y necesario que la socialización de los resultados del control fiscal se haga con todos los involucrados y que estos siempre tengan las garantías para poder conocer, analizar, replicar y sacar conclusiones sobre los resultados de los mismos, esto genera confianza y legitimidad en el desarrollo de la vigilancia y el control fiscal.

En lo que respecta al principio de **Especialización técnica**, la ley ha establecido lo siguiente:

La vigilancia y el control fiscal exigen calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio, mediante el conocimiento de la naturaleza de los sujetos vigilados, el marco regulatorio propio del respectivo sector y de sus procesos, la ciencia o disciplina académica aplicable a los mismos y los distintos escenarios en los que se desarrollan. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. j).

Aunado a lo anterior, el Decreto 403 de 2020, también consagra el principio correspondiente a **Inoponibilidad** en el acceso a la información, conforme al cual:

Los órganos de control fiscal podrán requerir, conocer y examinar, de manera gratuita, todos los datos e información sobre la gestión fiscal de entidades públicas o privadas, exclusivamente para el ejercicio de sus funciones sin que le sea oponible reserva alguna. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. k).

En lo relativo al principio de **tecnificación**, de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 403:

Las actividades de vigilancia y control fiscal se apoyarán en la gestión de la información, entendida como el uso eficiente de todas las capacidades tecnológicas disponibles, como inteligencia artificial, analítica y minería de datos, para la determinación anticipada o posterior de las causas de las malas prácticas de gestión fiscal y la focalización de las acciones de vigilancia y control fiscal, con observancia de la normatividad que regula el tratamiento de datos personales. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. l).

Adicionalmente, el artículo consagra el principio de **Integralidad**, conforme al cual:

La vigilancia y control fiscal comprenderá todas las actividades del respectivo sujeto de control desde una perspectiva macro y micro, sin perjuicio de la selectividad, con el fin de evaluar de manera cabal y completa los planes, programas, proyectos, procesos y operaciones materia de examen y los beneficios económicos y/o sociales obtenidos, en relación con el gasto generado, los planes y sus metas cualitativas y cuantitativas, y su vinculación con políticas gubernamentales. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. m).

En lo concerniente al principio de **Oportunidad**, el literal n del artículo 3, dispone lo siguiente:

Las acciones de vigilancia y control fiscal, preventivas o posteriores se llevan a cabo en el momento y circunstancias debidas y pertinentes para cumplir su cometido, esto es, cuando contribuyan a la defensa y protección del patrimonio público, al fortalecimiento del control social sobre el uso de los recursos y a la generación de efectos disuasivos frente a las malas prácticas de gestión fiscal. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. n)

Igualmente, conviene mencionar el principio de **Prevalencia**, conforme al cual:

Las competencias de la Contraloría General de la República primarán respecto de las competencias de las contralorías territoriales, en los términos que se definen en el presente decreto ley y demás disposiciones que lo modifiquen o reglamenten. En aplicación de este principio, cuando la Contraloría General de la República inicie un ejercicio de control fiscal, la contraloría territorial debe abstenerse de actuar en el mismo caso; así mismo, si la contraloría territorial inició un ejercicio de control fiscal y la Contraloría General de la República decide intervenir de conformidad con los mecanismos establecidos en el presente decreto ley, desplazará en su competencia a la contraloría territorial, sin perjuicio de la colaboración que las contralorías territoriales deben prestar en estos eventos a la Contraloría General de la República. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. o)

Adicionalmente, la norma consagra el principio de **Selectividad**, en concordancia con el cual:

El control fiscal se realizará en los procesos que denoten mayor riesgo de incurrir en actos contra la probidad administrativa o detrimento al patrimonio público. Así mismo, en virtud de este principio, el control fiscal podrá responder a la selección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades, que lleve a obtener conclusiones sobre el universo respectivo. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. p)

El detrimento se refiere al deterioro, daño o perjuicio de alguien o algo. La palabra, como tal, proviene del latín *detrimentum*. Además, el detrimento puede producirse a niveles morales, materiales, económicos o físicos. Se caracteriza porque

no elimina ni destruye, apenas daña o menoscaba aquello a lo que afecta, bien por malos manejos, bien por descuido o negligencia, por lo tanto, debe tenerse en cuenta en este tipo de selección, aquellos procesos y aquellas actividades en las cuales se exponen más los recursos públicos, y, en los cuales existe una mayor probabilidad de causar daño al erario.

Por último, en relación con el principio de Subsidiariedad, el literal q del artículo 3, establece que:

El ejercicio de las competencias entre contralorías debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, sin perjuicio de que, por causas relacionadas con la imposibilidad para ejercer eficiente u objetivamente, la Contraloría General de la República pueda intervenir en los asuntos propios de las contralorías territoriales en los términos previstos en el presente decreto ley. (Decreto 403, 2020, art. 3, lit. q).

5. MODELOS DE CONTROL FISCAL.

5.1. Control Previo, control Perceptivo y Control Posterior.

Respecto a los modelos de Control impuestos por la Contraloría General de la República, la ley 20 de 1975, dispone que:

La Contraloría General de la República, aplicará sobre las dependencias incluidas en el Presupuesto Nacional, los sistemas de control fiscal que ha venido empleando dentro de sus etapas integradas de "Control Previo", "Control Perceptivo" y "Control Posterior". El control de estas dependencias administrativas, será ejercido por los auditores fiscales o por funcionarios designados por el Contralor, directamente sobre caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando. (Ley 20, 1975, art. 3)

A su vez el Decreto 925 de 1976, proporciona una definición del control previo de la siguiente manera:

El control previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos y

documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos. (Decreto 925, 1976, art. 2)

Igualmente, el artículo 3 hace referencia al control perceptivo, el cual se define así:

El control perceptivo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su control, consiste en la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros. (Decreto 925, 1976, art. 3)

Asimismo, el Decreto 925 en su artículo 4 establece el significado de control posterior así:

El control posterior que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República, consiste en la comprobación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registros, y en determinar si se ajusten a las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos. (Decreto 925, 1976, art. 4)

El Control previo que evidentemente tenía injerencia directa del órgano de control en la administración de las entidades como tal, y, además no se tenía clara la responsabilidad del órgano de control cuando se realizaran las transacciones u operaciones y cuando el resultado de estas no era el adecuado.

Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado, y señala lo siguiente:

Apartir de las facultades atribuidas al contralor general, se fueron evidenciando múltiples problemáticas como la coadministración, la ralentización de la administración y la corrupción por la concentración del poder, situación que en últimas llevó a cambiar el modelo de control fiscal. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-140, 2020)

Así mismo, por medio de la sentencia C-103 proferida en el año 2015, la Alta Corte indica que:

La implementación del sistema previo de control fiscal buscaba precaver la comisión de irregularidades en el manejo de los bienes públicos, pues con el

mismo se aspiraba a que “la liquidación y la comprobación de las erogaciones públicas fueran revisadas y aprobadas por el fiscalizador antes de que salgan los dineros de las cajas públicas. Sin embargo, se formularon objeciones a este modelo por cuanto: (i) propiciaba la intrusión directa del organismo de vigilancia en la toma de decisiones ejecutivas, intromisión que frecuentemente obstaculizaba, cuando no vetaba, el normal desenvolvimiento de la Administración; (ii) el ejercicio del control previo, pese a sus connotaciones administrativas, no implicaba responsabilidad administrativa alguna para la Contraloría y además comprometía la necesaria independencia y autonomía del ente fiscalizador; (iii) paradójicamente, se consideraba que dicho sistema constituía un foco de corrupción. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-103, 2015)

Bajo la misma línea, el máximo Tribunal Constitucional, haciendo alusión a un informe de ponencia de la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 señala lo siguiente:

Asimismo, fue clara la intención del constituyente de evitar la interferencia de los organismos de control fiscal en la actividad administrativa de las entidades sometidas a control. En tal sentido, en uno de los informes de ponencia sobre la estructura del Estado se advertía que:

En ningún caso las agencias de control de la gestión puramente fiscal de la administración, pueden llegar a constituir paralelamente a ésta un aparato de coadministración, pues en tal caso el poder de decisión administrativa, lógicamente se desplazaría irremediabilmente hacia el coadministrador-contralor, el cual reuniría en sus manos no sólo la llave de la supervigilancia de gastos, sino también los poderes de ordenador del gasto, que al fin de cuentas no podría hacerse sin su voluntad y beneplácito.

Por ello, y para evitar la llamada dictadura de los contralores, supervisores y auditores, mucho más grave que el de los administradores o gobernantes, es por lo que todos los ordenamientos civilizados trazan una determinación tajante entre la capacidad ordenadora del gasto y la competencia supervisora del mismo. Se aspira que ésta, en ningún caso, pueda invadir la órbita de aquella, ideal que apenas corresponde al orden natural de las cosas y que no siempre, infortunadamente, es logrado en la realidad. Ni aun los sistemas de mayor rigidez, ya bastante escasos, como el colombiano, que establecen el llamado control preventivo, pueden favorecer un esquema de supervisión que vaya a implicar veto a la capacidad decisoria y dispositiva de los administradores. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-103, 2015)

Se sienta el precedente de lo que se consideró en su momento foco de corrupción y de super poder por parte del órgano de control y se hace énfasis en que se debe cambiar el modelo de control, en el cual de ninguna manera participe la Contraloría en temas de administración, excepto en los que debe realizar en el desarrollo de la labor propia de la entidad.

5.2. Control Posterior y Selectivo.

Este modelo se establece en la Constitución Política de Colombia, (artículo 267 modificado por el acto Legislativo 2 de 2015) que dispuso:

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. (Conts., 1991, art. 267, Modificado por el Acto Legislativo 2 de 2015)

Así mismo, por medio de la ley 42 de 1993, se hace referencia al control posterior, ya que la misma reza lo siguiente:

Para efecto del artículo 267 de la Constitución Nacional se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal. (Ley 42, 1993, art. 5)

Establece una marcada diferencia con el modelo anterior al dejar muy claro el momento en el cual entra a ejercer su labor el órgano de control, que no es otro que posterior a la actuación de la administración, hecho suficientemente claro que separa la administración de su organismo de control, lo que obviamente genera independencia en la realización de las labores por parte de las entidades y sus servidores, establece la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados, lo cual deja en evidencia que el momento es cuando esas actividades, procesos y operaciones fueron ya ejecutados.

Así mismo establece un criterio técnico al volverlo selectivo, pues además de

ser prácticamente imposible realizar control sobre todas las operaciones realizadas durante una vigencia por parte de las entidades, entraña un criterio según el cual con la selectividad se busca es establecer variables que permitan tomar una muestra representativa con criterios técnicos para revisar lo que realmente es importante en cuanto al erario se refiere.

Si bien el control es integral se requiere establecer una muestra que nos indique realmente y con criterios técnicos las actividades que realmente considera el órgano de control resultan de mayor importancia en el manejo de los recursos públicos.

Al referirse al modelo posterior y selectivo la Corte ilustra de la siguiente manera:

Este modelo se caracteriza por ser un esquema de “carácter posterior, selectivo, amplio e integral, que opera mediante la complementariedad de los mecanismos externos e internos de seguimiento a la actividad fiscal. El primero lo ejerce la Contraloría General de la República junto con las contralorías territoriales y, el segundo, cada entidad pública en consonancia con los parámetros y lineamientos de la entidad nacional. Este esquema se caracteriza por ser amplio, integral, complementario, posterior y selectivo.

i) Amplio en dos sentidos: por un lado, recae sobre personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso. Por el otro, la vigilancia fiscal implica un control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de cuentas y de valoración de los mecanismos de control interno de las entidades o personas controladas, con el propósito de determinar si la asignación de los recursos públicos maximiza los resultados de la gestión administrativa.

ii) Integral porque abarca la totalidad del proceso de la gestión de los recursos públicos. Comprende la verificación del “manejo de los bienes y recursos públicos en las etapas de recaudo, gasto, inversión, disposición, conservación, enajenación”, y finalmente supone la valoración del logro de los resultados para el que fueron destinados.

iii) Complementario entre las dos modalidades de control, la externa que asume la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la

República y las contralorías municipales y, la interna y previa desplegada por cada entidad en el marco de su actividad administrativa.

iv) Posterior, dado que los organismos de control fiscal solo están facultados para desplegar sus competencias una vez la administración ha actuado, de modo que su actividad empieza justamente cuando esta ha adoptado sus decisiones.

v) Selectivo, ya que se basa en la elección de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades, mediante un procedimiento técnico, a fin de obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal[55]. Lo anterior, dado que en la práctica no todas las actividades administrativas pueden ser objeto de control, y lo son aquellas que permitan consolidar una visión global de las operaciones de las autoridades. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-140, 2020)

Lo anterior, denota que de la interpretación sistemática del modelo de control establecido originalmente en la Constitución de 1991, un control fiscal posterior y selectivo, buscó evitar cualquier tipo de intromisión en el desarrollo de la actividad administrativa que corresponde a las entidades y sus servidores, quizo que no se tuviera ningún tipo de capacidad de decisión del órgano de control, lo que representó en determinado momento coadministración en las actividades propias de la administración entre las respectivas entidades y el órgano de control.

5.3. Control Posterior y Selectivo, Concomitante y Preventivo.

La Constitución Política de 1991, alude al control fiscal, a partir del artículo 267, puesto que indica:

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control. (Const., 1991, art. 267)

Así mismo el Decreto 403 del año 2020, a través del artículo 53 establece que:

CONTROL POSTERIOR Y SELECTIVO. Se entiende por control posterior la fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, con el fin de determinar si las actividades, operaciones y procesos ejecutados y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado. Este tipo de control se efectuará aplicando el principio de selectividad.

Para el ejercicio del control fiscal posterior y selectivo, la vigilancia fiscal podrá realizarse a través del seguimiento permanente del recurso público por parte de los órganos de control fiscal, mediante el acceso irrestricto a la información por parte de estos. (Decreto 403, 2020, art. 53)

En cuanto al “Control Concomitante y Preventivo”, el Decreto citado de manera precedente establece que:

El control fiscal concomitante y preventivo es excepcional, no vinculante, no implica coadministración y corresponde a la potestad de la Contraloría General de la República formular advertencia a los sujetos vigilados y de control cuando sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público en hechos u operaciones, actos, contratos, programas, proyectos o procesos en ejecución, en los que se involucren recursos públicos y/o se afecten bienes o intereses patrimoniales de naturaleza pública, a fin de que el gestor fiscal evalúe autónomamente la adopción de las medidas que considere procedentes.

El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponden exclusivamente al Contralor General de la República. (Decreto 403, 2020, art. 54)

Es importante traer a colación, el artículo 55, el cual, consagra la finalidad del control concomitante y preventivo:

El control fiscal concomitante y preventivo tiene por finalidad garantizar la defensa y protección del patrimonio público a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los bienes, fondos o recursos públicos, que permita evaluar un conjunto de hitos de control pertenecientes a un proceso en curso, de forma ordenada, sucesiva e interconectada y eventualmente advertir sobre la posible ocurrencia de daños

al patrimonio público.

El control concomitante y preventivo se regirá por los principios y sistemas de la vigilancia y control fiscal, teniendo en cuenta la calidad, consistencia y razonabilidad en su ejercicio, mediante el conocimiento de la naturaleza de los sujetos vigilados, el marco regulatorio del respectivo sector y de sus procesos, la ciencia o disciplina académica aplicable a los mismos y los distintos escenarios en los que se desempeña. (Decreto 403, 2020, art. 55)

Asimismo, el Decreto en mención, establece el seguimiento que debe hacerse al uso de los recursos públicos, de la siguiente forma:

La vigilancia y seguimiento permanente de los bienes, fondos y recursos públicos en el marco del control concomitante y preventivo se realizará en tiempo real y oportuno a través del acceso a la información y el acompañamiento a la gestión fiscal en todas sus etapas o ciclos de manera presencial o mediante el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones, con el fin de observar a los sujetos de control mientras estos realizan sus procesos o toman sus decisiones, sin que la Contraloría General de la República pueda interferir en aquellos o tener injerencia en estas, de conformidad con los mecanismos y ejercicios definidos. (Decreto 403, 2020, art. 56)

Respecto de estas disposiciones se debe recordar lo dicho por la Corte Constitucional acerca del control de advertencia en su momento:

Allí donde la Constitución parece establecer una distinción entre las funciones de vigilancia y control atribuidas a la Contraloría, ella implica en todo caso que mientras la primera se limita a la mera observación, el control supone además intervención, esto es, algún tipo de interacción con los procesos y operaciones que desarrolla la entidad sometida a control. Intervención que comprende un amplio espectro de operaciones, tales como la formulación de observaciones, conceptos, advertencias, la declaración de existencia de hallazgos fiscales, el inicio de e iniciando los procesos sancionatorios correspondientes y, en su caso, la imposición de las correspondientes sanciones. Todas estas modalidades de intervención, en tanto implican control, sólo pueden tener lugar con carácter posterior. Así lo ha entendido la Corte Constitucional, en las decisiones previamente examinadas relativas al alcance de este límite constitucional, de las cuales se infiere que si bien la Constitución faculta a la Contraloría puede observar atentamente a las entidades sometidas a control mientras estas ejecutan sus procesos y adoptan sus decisiones, aquella no debe anticiparse ni inmiscuirse en unos y otras, sino que ha de permanecer un paso atrás, para

vigilarlas a prudente distancia y con ello respetar el carácter a posteriori de su actuación y salvaguardar la necesaria autonomía del ente de control. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-103, 2015)

Esto hace que el control fiscal incluye diversas actividades y menciona la de advertencia para señalar que estas se pueden realizar, pero solo de manera posterior con el fin de no entrometerse en la función administrativa de las entidades controladas.

En el mismo sentido, la Corte refiere a la finalidad de la gestión fiscal, como se anota a continuación:

Es claro que la competencia establecida en el precepto demandado trasciende la mera vigilancia de la gestión fiscal. En ejercicio de la función de advertencia la Contraloría no se limita a observar las actividades que implican manejo de recursos públicos, para efectos de recabar información que será utilizada para controlar la gestión fiscal a posteriori, una vez adoptadas las decisiones administrativas o ejecutados los procesos objeto de control. La formulación de advertencias supone, por definición, un llamado de atención que tiene el declarado propósito de intervenir, antes de que se adopten las decisiones administrativas o concluya la ejecución de los procesos de gestión fiscal, para evitar que se produzca o consume un daño al patrimonio público. En consecuencia, se trata de una modalidad no de simple vigilancia sino de control fiscal, que ha de someterse, por tanto, a los límites constitucionales que enmarcan el ejercicio legítimo de este último. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-103, 2015)

Para recalcar que la función de advertencia hace parte del control fiscal, y que por lo tanto este debe ser realizado de manera posterior, con lo cual se puede con la advertencia influenciar la opinión de las entidades en sus actuaciones y como consecuencia de ello modificar las actuaciones administrativas que se derivan de ello.

Adicionalmente, por medio de esta sentencia, la Corte termina concluyendo que:

La función de advertencia, a la vez que un mecanismo de control, se realiza en un momento previo y no posterior a la toma de decisiones administrativas o a la culminación de procesos u operaciones sometidas a vigilancia fiscal, con lo cual la norma que la establece contraviene lo dispuesto en el artículo 267 superior, en lo atinente al carácter a posteriori que debe tener el control fiscal. (Corte

Constitucional, Sala Plena, C-103, 2015)

Lo anterior, hace referencia al artículo 5 del Decreto Ley 267 del 2000, respecto a la función que recae en cabeza de la Contraloría General de la Nación, en cuanto a la obligación de advertir a los gestores fiscales, acerca del riesgo que existe en el manejo de los recursos públicos, con el propósito de evitar daños al erario (Decreto Ley 267, 2000, art. 5).

Así mismo, inisiste en la importancia que tiene el ejercicio del Control Fiscal, toda vez que:

El ejercicio de esta modalidad de control fiscal ex ante que representa la función de advertencia conserva una efectiva capacidad de incidir en las decisiones y en el curso de los procesos y operaciones de las autoridades administrativas sometidas a vigilancia, en tanto mantiene el potencial de disuadir al destinatario de la advertencia de mantener el curso de acción objeto de reparos. En efecto, la formulación de un llamado de atención por parte del máximo ente de control externo sobre el eventual riesgo o amenaza de detrimento patrimonial advertido en una determinada operación administrativa, incluso si está desprovista de un tono imperativo y formalmente carece de efectos vinculantes, conserva una efectiva capacidad disuasoria, que en la práctica se resuelve en la suspensión de la decisión o del curso de acción sobre el cual la Contraloría ha manifestado previamente sus reservas. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-103, 2015)

En reciente pronunciamiento de la Corte se citan unos parámetros para que ese control concomitante y preventivo, no se convierta en un control previo como se consideró el control de advertencia en su momento, para tal efecto menciona:

Sentado lo anterior, la Corte considera indispensable destacar que el Acto Legislativo 4 de 2019 se cuidó de advertir que el control preventivo y concomitante: (i) no implicará coadministración; (ii) se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos; (iii) mediante el uso de tecnologías de la información; (iv) con la participación activa del control social y con la articulación del control interno; (v) con carácter excepcional no vinculante; (vi) sin que pueda versar sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos y finalmente (vii) realizándose en forma de advertencia al gestor fiscal, cuyo ejercicio y coordinación corresponde exclusivamente al contralor general de la República en materias específicas.

En tal medida, para la Sala es evidente que cuando la Constitución prescribe que el control también será concomitante y preventivo, este debe ser entendido como un control anterior. En tal medida, no se discute que el control previo de la Carta de 1886 resultó fallido, sin embargo, eso no implica que el control preventivo y concomitante cuente con los mismos vicios de aquel.

Entonces, el control concomitante y preventivo establecido por medio del Acto Legislativo 4 de 2019, de acuerdo con lo expresamente señalado en la norma constitucional, no implica ni puede implicar en manera alguna, coadministración. Esto quiere decir que abandona cualquier tipo de poder de veto o pre-aprobación por parte del organismo de control. Además, el control es excepcional y se ejerce ante la existencia de un riesgo inminente para prevenir un daño. A su vez, la advertencia no obliga a los gestores de los recursos públicos, como ocurría con el control previo vigente en la Carta Política de 1886, el cual era general, vinculante y significaba intromisiones directas en la gestión de la Administración. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-140, 2020)

Lo compara con el control previo y menciona que la norma deja claro que no puede haber ningún tipo de pre-aprobación por parte de la entidad, cuestión esta que resulta clara pues aquí no se va aprobar nada por parte del órgano de control. Se trabajó más asociado con los riesgos que se puedan presentar y con la finalidad de prevenir un daño y estipula que la advertencia no obliga a los gestores de los recursos públicos.

Así mismo establece unos requisitos que debe cumplir el control concomitante para que no se desdibuje su naturaleza y se pueda convertir en un control previo camuflado, para tal efecto establece:

El anterior esquema muestra que el control concomitante o preventivo en manera alguna paraliza la actividad administrativa. Además, este no resulta vinculante para la contratación y mucho menos entorpece la actividad de la administración, pues su ejercicio se materializa a través de la figura de la advertencia, la cual permite que la actuación del gestor continúe. Ahora bien, para que el fin propuesto evidentemente se materialice, esto es, que el control concomitante y preventivo no se desdibuje al punto que llegue a convertirse en una suerte de control previo camuflado, debe respetar como mínimo las siguientes condiciones:

i) La advertencia permite que el gestor continúe su actividad sin que constituya un prejuzgamiento. No se trata de definir cómo y en qué ejecutar los recursos,

sino de indicar a la administración cuándo se puede llegar a materializar un daño. En efecto, en la demanda subyace la idea de cuan nefasta sería para un gran cúmulo de actividades, una coadministración disfrazada de control preventivo. Y ello por cuanto un considerable número de actividades propias del ámbito privado puede ser también desempeñada por entidades estatales (establecimientos públicos, sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas), con lo cual posibilitar la injerencia en el libre desarrollo del objeto empresarial de estas últimas, terminaría exponiendo su propia existencia, pues, mientras en el ámbito privado la libre iniciativa gobierna su actuar, en los entes públicos un tercero – la contraloría—tendría capacidad de direccionar el libre discurrir empresarial, lo cual de suyo sería una gran desventaja en frente de sus pares privados.

ii) En relación con las empresas de economía mixta, la reforma debe ser entendida de modo tal que no paralice la actividad administrativa, no implique un prejuizamiento, ni termine por afectar el adecuado desarrollo de las actividades de las empresas del Estado. En efecto el control fiscal debe atender en estos casos la actividad específica que cumple la entidad, los eventos concretos y determinados que justificarían en su día la injerencia, la forma de evaluar la actividad, por ejemplo, integrando el contexto del mercado a nivel local e internacional, el análisis de procesos completos cuando se trata de actividades complejas o, al contrario, por pasos o niveles de desarrollo.

iii) Se debe garantizar la autonomía territorial. El eventual ejercicio de la intervención funcional se debe realizar en el marco del respeto por la autonomía territorial.

iv) Se debe separar adecuadamente las funciones de prevención, investigación y sanción, como una garantía al debido proceso. Asimismo, el grado de relevancia que tiene en esa función el control interno de las organizaciones, e incluso la inter actuación posible con otras formas de control (vg. procuraduría, fiscalía y superintendencias). El debido proceso aludido renglones atrás puede llegar incluso a la necesidad de estandarizar las formas de ejercer el control preventivo, incluso discriminando las actividades objeto del dicho control y sus especificidades, de tal manera que no puede tratarse de control sobre el cual no existan unas claras reglas de juego. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-140, 2020)

Como corolario podemos decir que la Corte advierte que ese control no puede convertirse en indicaciones de hacer para la administración, de ningún modo puede

influir en el libre desarrollo de los procesos y actividades que implican la ejecución de recursos públicos y la administración como tal, es decir que en ningún momento se puede convertir en coadministración, y, más bien este control concomitante se fundamenta en la prevención del daño. Sin embargo, de la definición de este control concomitante cabe preguntarse si el Contralor General de la República al formular advertencia sobre procesos en ejecución no está influyendo en las decisiones que tomen los responsables en las entidades, y, si con esto no se está teniendo una forma de coadministración en las decisiones tomadas, pues bien se dice que no es vinculante, eso queda claro, pero acaso esas decisiones tomadas por la administración no van a ser fiscalizadas y evaluadas por el órgano de control posteriormente?.

6. SISTEMAS DE CONTROL FISCAL.

6.1. Control Financiero: En lo concerniente al control financiero, el Decreto 403 de 2020 establece lo siguiente:

El examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General. (Decreto 403, 2020, art. 46)

Este tipo de control es el que se realiza a los estados financieros de las entidades para establecer si la contabilidad pública se está llevando de acuerdo con las normas de contabilidad generalmente aceptadas, y estos estados si realmente reflejan la situación financiera de la entidad.

En las entidades territoriales a manera de ejemplo se encuentra que los bienes públicos no están debidamente avaluados y si este valor es muy representativo en el activo, pues estos estados financieros en lo que al Balance General se refiere se encontraran desactualizados y no reflejan realmente la situación financiera de la entidad.

6.2. Control de legalidad. “Es 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” (Decreto 403, 2020, art. 47).

Este sistema de control se utiliza para verificar que las operaciones que realizó la entidad se ajusten al denominado principio de legalidad, que se hayan cumplido las normas que rigen las diferentes materias de que trata la administración, por ejemplo cuando se realiza la contratación de personas naturales o jurídicas por contrato de prestación de servicios, si se tuvo en cuenta al pactar los honorarios las restricciones que existen fijando montos máximos a pagar y que calidades debe tener el servicio; de igual forma, en cuanto al manejo presupuestal, si se cumplió con todos los principios que las diferentes normas orgánicas de presupuesto dictan para realizar estas operaciones.

6.3. Control de gestión. De acuerdo con el artículo 48 del Decreto 403 de 2020, el control de gestión consiste en lo siguiente:

Es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad. (Decreto 403, 2020, art. 48)

Este mecanismo de control se desarrolla en función de la eficiencia y eficacia en la utilización de los recursos, si realmente los recursos se destinaron de acuerdo con la relación beneficio – costo más apropiado y si de esta se puede deducir que cumplió con las funciones encomendadas a la entidad y a los indicadores de eficiencia y eficacia en términos de rentabilidad social y económica.

6.4. Control de Resultados. “Es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado” (Decreto 403, 2020, art. 49).

Este examen debe incluir obviamente un conocimiento de los planes de desarrollo, de los planes indicativos, de los planes de acción y de toda la información y entendimiento de los indicadores allí incluidos, que permita arribar a conclusiones sobre el actuar de la administración en materia de resultados, y, que esos resultados sean congruentes y consecuentes con la cantidad de tiempo utilizado y con los recursos públicos invertidos.

6.5. Revisión de las cuentas: En lo que concierne a la revisión de cuentas, el

Decreto en mención, la define de la siguiente forma:

Es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

Para efecto de la presente ley se entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario.

El Contralor General de la República determinará las personas obligadas a rendir cuentas en materia fiscal y prescribirá los métodos, formas y plazos para ello.

No obstante, lo anterior, cada entidad conformará una sola cuenta que será remitida por el jefe del organismo respectivo a la Contraloría General de la República.

Si con posterioridad a la revisión de cuentas de los responsables del erario aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con ellas se levantará el fenecimiento y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal si hay lugar a ello. (Decreto 403, 2020, art. 50)

Básicamente es la revisión de los documentos que soportan toda la operación de la entidad, y busca establecer la coherencia entre lo desarrollado y lo que se refleja en los papeles, así es que uno puede ver una obra que parece bien hecha pero necesariamente tiene que mirar todos los documentos que soportan todo el proceso contractual, así como todo el proceso presupuestal para establecer si lo que existe es coherente con lo que se contrató.

6.6. Evaluación del Control Interno: En relación con la evaluación de control interno, el Decreto 403 dispone lo siguiente:

El análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les puede otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos. El Contralor General de la República reglamentará los métodos y procedimientos para llevar a cabo esta evaluación, para lo cual tendrá en cuenta los lineamientos de política en materia de control interno.

PARÁGRAFO. Para efectos de la evaluación del control fiscal interno primarán los lineamientos impartidos por la Contraloría General de la República. (Decreto 403, 2020, art. 51)

Su nombre lo indica, es el análisis que se realiza sobre la calidad de los instrumentos, de los indicadores y de las auditorías entre otros, que se realizan por parte de las personas encargadas del control a nivel interno en las entidades. Busca evaluar y plantear cuestiones que son susceptibles de ser mejoradas.

7. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

7.1. El control fiscal en la actualidad se ejerce en forma posterior y selectiva, y además puede ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no debe implicar coadministración y debe ser realizado solo en casos especiales, de manera excepcional y solo le es permitido al Contralor General de la República.

7.2. El Control Fiscal es autónomo e independiente, de acuerdo con la estructura del Estado fijada por la Constitución de 1991 (Art. 113) porque está en cabeza un órgano de raigambre constitucional, pero además la autonomía consiste, en el establecimiento de una estructura y organización de naturaleza administrativa especializada, a la cual se le ha asignado un haz de competencias específicas que pueden ejercerse de manera autónoma e independiente, a través de órganos propios, y que dispone, al mismo tiempo, de medios personales y de recursos materiales de orden financiero y presupuestal que puede manejar, dentro de los límites de la Constitución y la ley sin la injerencia ni la intervención de otras autoridades u órganos.

7.3. El Control Fiscal busca evaluar si la gestión fiscal se realizó teniendo en cuenta los principios de eficiencia, eficacia, economía y equidad entre otros, para establecer una real y oportuna relación entre los recursos públicos utilizados y los resultados obtenidos, esto para verificar si los recursos y la forma de utilizarlos cumplieron con las finalidades del Estado y en particular con promover el bienestar general.

7.4. La combinación de los diversos sistemas de control utilizados permite realizar un examen integral y exhaustivo en determinado momento de las operaciones y actuaciones administrativas que desarrollan las entidades durante la vigencia, y como estas se han llevado a cabo observando la coherencia entre productos finales y lo que se observa y se establece en los soportes de esa información.

7.5. El ejercicio del Control Fiscal debe ser técnico y ponderado, ya que, a partir de una adecuada planeación y selección, se debe evaluar con enfoque multidisciplinar y diferencial los diferentes ejes axiales de dicho control sin recaer en el defecto (omisión), pues ello conllevaría a un ejercicio precario, pero tampoco en el exceso (extralimitación) que pudiera degenerar en “falsos positivos fiscales”.

2.

Control fiscal a la compra pública

*El equilibrio económico en los contratos estatales**

El equilibrio o ecuación contractual, es sin duda uno de los temas que ofrece mayor complejidad en la dogmática del contrato estatal, ya que es poli-dimensional, su regulación normativa es precaria (y por demás equívoca), y la jurisprudencia sobre la materia no ha logrado unificar el alcance y solución a varias de sus múltiples expresiones; aunado a ello, no es un tema que pertenezca solo a la esfera teórica de la disciplina, por el contrario, es uno de los retos más recurrentes que tanto entidades estatales como contratistas viven en el día a día de la operación contractual.

Por lo tanto, se pretende en las líneas que siguen hacer una presentación de los aspectos más relevantes de la ecuación contractual, bajo la siguiente estructura: (i) naturaleza y definición;

* Una versión preliminar de este capítulo fue presentada en Quiroga Natale (2020). Contratación Estatal, Teoría General Del Contrato Estatal, Equilibrio Económico, Riesgos, Rompimiento De La Ecuación Financiera E Incumplimiento Contractual, Elementos Esenciales Para Una Compra Pública Eficiente (1th ed.). Ediciones Nueva Jurídica.

y (ii) los principales elementos constitutivos (precio equilibrado y obligaciones contractuales).

1. NATURALEZA Y DEFINICIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO.

El equilibrio económico o ecuación contractual, es un concepto dinámico y en permanente definición debido a su fuerte ambigüedad semántica, es decir, que tiene varios y disímiles significados, sumado a una ambigüedad sintáctica, ya que cada significado puede tener, a su vez, varios usos.

Respecto del uso de estas expresiones en el lenguaje jurídico anota Henao:

Existe la denominada “ambigüedad semántica”, que se verifica cuando una palabra tiene más de un significado cuando es empleada en un texto legal con distintos alcances semánticos. A título de ejemplo de dicha ambigüedad, es posible citar la expresión “contribuciones” contenida en el artículo 338 de la Constitución: en sentido genérico, dicho vocablo denota “tributo”, en sentido específico, significa “contribuciones parafiscales” (...) Otra peculiaridad de la interpretación constitucional en Colombia es la denominada “ambigüedad sintáctica”, la cual se advierte siempre que un determinado precepto o enunciado pueda expresar más de una proposición dado que las conexiones entre las palabras que lo componen pueden interpretarse de distintos modos. Ejemplo de este tipo de ambigüedad es la derivada del artículo 42 de la Constitución, el cual establece las formas en que se constituye la familia en Colombia. (Henado, 2013, p.269)

Respecto al desarrollo normativo de la ecuación contractual, la ley 80 de 1993, consagra por lo menos las siguientes dimensiones:

(i) Como un derecho que tiene cada parte de la relación contractual.

El numeral 1 del artículo 5, establece que los contratistas “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” (Ley 80, 1993, art. 5). Asimismo, el numeral 3 del artículo 4 prevé como derecho de las entidades estatales el de solicitar “la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato” (Ley 80, 1993, art. 4).

(ii) Como un principio del contrato, y a su vez, deber conjunto que tienen las partes del contrato.

El artículo 27 (que tiene por nomen iuris “De la ecuación contractual”), prevé:

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. (Ley 80, 1993, art. 27)

(iii) Como una regla de interpretación de las normas que regulan los contratos estatales.

En primer lugar, cabe recalcar, que el Consejo de Estado ha señalado que:

El principio del equilibrio económico del contrato regulado por el artículo 27 del citado compendio legal cumple una función orientadora en la labor interpretativa del clausulado obligacional, caso en el cual, ante una previsión poco clara, incompleta o confusa, por disposición directa del Estatuto de Contratación Estatal, habrá de privilegiarse aquella exégesis que propenda por garantizar la equivalencia entre prestaciones y derechos de las partes. (Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sentencia n° 25000-23-26-000-2009-00858-01, 2019)

Agregado a lo anterior, el artículo 28 de la ley 80, hace referencia a la interpretación normativa, y señala:

En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos. (Ley 80, 1993, art. 28)

(iv) Como un criterio de “dosimetría” para establecer la indemnización, producto del comportamiento antijurídico de las entidades estatales que conlleve a la configuración de su responsabilidad.

La ley 80 de 1993, alude a la indemnización que deben pagar las entidades,

como consecuencia de los perjuicios que causen a los contratistas, así:

Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista. (Ley 80, 1993, art. 50).

En cuanto al estudio doctrinal del equilibrio o ecuación contractual, también se observa una amplia gama de comprensiones que atienden algunas al carácter económico o financiero que reporta dicha ecuación.

Asimismo, la doctrina se ha pronunciado a través de autores como Marienhoff (1998):

El equilibrio financiero o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad). (p.469)

Por su parte Rodríguez, da cuenta de la naturaleza principialista de la ecuación bajo una noción de equivalencia de las cargas que deben asumir las partes, señalando:

Hace relación a que durante la ejecución del contrato debe mantenerse una equivalencia o correspondencia entre las prestaciones que deben cumplir los cocontratantes. En este orden de ideas, si tal correspondencia se rompe, o resulta alterada, puede nacer el derecho para la parte afectada de que su cocontratante tome las medidas necesarias para restablecer el equilibrio. (Rodríguez, 2012, P.8)

Aunado a lo anterior, respecto a la ecuación contractual, según Benavides (2004):

La deficiencia conceptual de los textos normativos, dificulta la comprensión de la ecuación contractual (advirtiendo sus múltiples contradicciones), además considera que la regulación normativa sobre la ecuación, no soluciona el problema central de su rompimiento el cual lo constituye, los riesgos contractuales. (p.145)

Por otra parte, el autor mencionado anteriormente, profundiza este concepto, señalando que:

La conservación del equilibrio inicial de los derechos y las obligaciones, no aporta una solución directa a los problemas de los riesgos contractuales. En efecto, ella puede explicar las compensaciones económicas, consecuencia de las modificaciones del contrato, o de algunas variaciones de precios de los bienes o servicios objeto de éste, porque en uno y otro caso es la conmutatividad inicial del contrato la que se ve afectada, pero sobre las mismas bases iniciales. El caso típico es el aumento en las cantidades de obra o servicios en un contrato a precios unitarios. Pero en la mayoría de los hechos imprevistos el problema no es la modificación de la reciprocidad de las prestaciones originales, sino la aparición de eventos nuevos que, por ser justamente inesperados, imprevistos, varían las prestaciones originales. (Benavides, 2004, p.145).

A su vez, la jurisprudencia (no de forma unánime ni pacífica), da cuenta del concepto y alcance de la ecuación contractual, bajo posturas que parten de enfoques variados y que revelan la complejidad de la figura en estudio.

En este punto, conviene traer a colación la posición del Consejo de Estado, ya que, a través de su jurisprudencia, señala que:

D) Es una forma de morigeración al estricto cumplimiento del “pacta sunt servanda” a través de la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”, por medio de la cual, todo contrato de tracto sucesivo obliga a las partes contratantes solo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas.

Sin embargo, la máxima autoridad en materia administrativa, establece que:

En consideración de las variaciones que pueden surgir en las condiciones que dieron lugar a la celebración del respectivo contrato y que pueden afectar gravemente su cumplimiento, el pacta sunt servanda ha sido morigerado mediante la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, que corresponde a la regla jurídica contractus qui habent tractum succesivum vel dependant de futuro rebus sic stantibus intelliguntur: todo acuerdo de voluntad, de tracto sucesivo, cuyos efectos se extienden al futuro, obliga a las partes contratantes sólo si las condiciones originalmente previstas se mantienen inalteradas. Con lo cual, surge la figura de la ecuación contractual, como aquella equivalencia entre derechos y obligaciones que existía al momento de contratar, creada a partir de las precisas circunstancias de índole económica, técnica, fiscal, etc.,

vigentes a la celebración del negocio jurídico y que fueron tenidas en cuenta por los contratantes al obligarse en la forma en que lo hicieron. Al hablar del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, se hace alusión, precisamente, a la preservación de esa ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse aquel. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-1993-08365-01(14461), 2011)

(ii) Surge del convenio económico previo querido por las partes al celebrar la relación negocial:

Desde que surge a la vida jurídica el contrato, por la celebración, las partes aceptan conocer cuál es el beneficio que derivarán del mismo; la Administración, el logro de los fines esenciales del Estado y el contratista, la obtención del provecho económico en su favor. Es en ese momento histórico cuando surge la regulación económica del convenio, que se traduce en la "ecuación financiera del contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 12513, 2000)

(iii) No se trata de una "fórmula matemática" o mecanismo que suponga una equiparación con la "gestión equilibrada de la empresa", por el contrario, su génesis nace en las cargas y ventajas que asumen las partes al momento de contratar.

Igualmente, el Consejo de Estado, de manera reiterada ha afirmado lo siguiente:

El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión 'ecuación financiera'. Es solamente la relación aproximada, el "equivalente honrado", según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; "como un cálculo", al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar. Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020), 2013)

En igual sentido, la Corte Constitucional también se ha referido al equilibrio

o ecuación contractual dentro del ámbito nuclear del principio de reciprocidad material de prestaciones, del cual se deriva una equivalencia “real y objetiva”, y no una simple equivalencia formal, que se reduzca a la satisfacción de los intereses subjetivos de los contratantes. Por lo tanto, el equilibrio contractual, tiene una relación profunda e inescindible con otros principios como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del interés público, la buena fe, entre otros.

A su vez, la Alta Corte ha establecido que los principios que integran el régimen jurídico de los contratos estatales son:

(i) El principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-892, 2001).

Sobre la misma línea hermenéutica, la Corporación sostiene que la ecuación contractual permite conciliar el respeto de los derechos y cargas de las partes, con el principio de mutabilidad propio de los contratos, sobre todo aquellos considerados “imperfectos” derivados de las asimetrías de información que no permiten la previsión integral de contingencias en la ejecución, y en tal virtud los mecanismos de gestión o contención de las mismas.

En el mismo sentido, por medio de la sentencia C-302 del año 2012, la Corte Constitucional, dispuso que:

La modificación de los contratos estatales es especialmente importante en aquellos por naturaleza incompletos, es decir, (i) los afectados por asimetrías de información que impiden la previsión de todas las contingencias que pueden afectar su ejecución, y (ii) en el marco de los cuales, por esa misma razón, es

difícil prever *ex ante* los remedios necesarios para afrontar tales contingencias, como ocurre por lo general con los contratos de largo plazo. En efecto, con el paso del tiempo, pueden surgir nuevas exigencias sociales, tecnológicas, culturales, etc. sobre la forma cómo el Estado debe cumplir sus fines y sobre cómo se deben prestar los servicios públicos, o simplemente pueden aparecer circunstancias extraordinarias e imprevisibles al momento del diseño del negocio, para que las que tampoco era posible, en dicho momento, prever un remedio adecuado y específico. En este tipo de contratos es preciso entonces el diseño de reglas que permitan la adaptación y la resolución pacífica de las controversias para evitar el fracaso. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-300, 2012)

De los anteriores desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, podemos concluir que el principio de equilibrio económico o ecuación contractual tiene las siguientes características que integran su aproximación conceptual²:

1. Tiene una naturaleza compleja y poli-dimensional, ya que es: (i) un principio sustancial del contrato; (ii) un derecho y deber para cada una de las partes; (iii) funge como regla de interpretación de las normas que gobiernan el contrato; y (iv) sirve de criterio de “dosimetría” de la responsabilidad contractual.

2. Se encuentra integrado por un conjunto de derechos y obligaciones que ambas partes adquieren en virtud de su expresión libre y voluntaria de celebrar el contrato; por lo tanto, es de raigambre bilateral, cobija a todas las partes y cada una de ellas puede perseguir jurídicamente su restablecimiento en caso de que se altere por causas o circunstancias que no sean imputables a quien lo demanda.

3. Nace de la concepción sinalagmática y conmutativa del contrato, pero conducida a la materialización de un fin común; es decir, que si bien las partes tienen obligaciones recíprocas fundadas en intereses contrapuestos, éstos intereses no son excluyentes, ya que a su vez deben armonizarse en búsqueda de la realización de los fines e intereses públicos que persigue el Estado a través de la contratación.

4. Crea una condición de “paridad estática”, derivada del respeto por los derechos y cargas inicialmente previstos por las partes al momento de la celebración del negocio jurídico; pero a su vez, permite una condición de “paridad dinámica”, que las habilita a perseguir su restablecimiento en los casos de ruptura, siendo ello compatible con el principio de mutabilidad de los contratos.

² Una versión preliminar de esta noción del equilibrio contractual a partir de las características que lo definen, fue expuesta en (Quiroga, 2014, p.110), la cual a su vez fue citada por la Sentencia 29202. (2015, 29 de abril). Consejo de Estado. (Ramiro Pazos, M.P).

5. Comporta la aplicación de varios regímenes jurídicos, en donde converge (i) el derecho común (civil y comercial), sobre todo en la dogmática del contrato, la aplicación de la autonomía de la voluntad y el ejercicio propio de los derechos de parte; y (ii) el derecho público (constitucional y administrativo), en punto de temas como los generadores del restablecimiento, la prevalencia del interés público o social en la relación contractual y los títulos (y subtítulos) de responsabilidad derivados de la pérdida del equilibrio.

2. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO.

Del acápite desarrollado ut supra, se puede observar como la ecuación del contrato, según la ley 80 de 1993, se funda en: (i) La equivalencia de las prestaciones recíprocas (art. 27); (ii) El respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración (art. 27); (iii) La intangibilidad de la remuneración del contratista (art. 5 numeral 1); y iv) El derecho de la entidad a solicitar la actualización o la revisión de los precios, cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra las condiciones iniciales del contrato (art. 4 numeral 3).

Fundado a su vez en el “principio de la prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-892,2001)

Sin embargo, dichas condiciones solo pueden ser posibles de determinarse a partir de los elementos estructurales sobre los cuales se construye dicha ecuación, a saber: (i) el precio equilibrado y (ii) las obligaciones contractuales.

2.1. El precio equilibrado.

Antes de hacer una descripción de los criterios esenciales para la formación del precio en el contrato estatal y su relación con el equilibrio contractual, es importante realizar las siguientes anotaciones preliminares:

(i) El estatuto de contratación pública utiliza los conceptos de valor y precio de forma sinónima, entendiendo que son categorías idénticas o paritarias; no obstante, la ciencia económica³, distingue estos conceptos, ya que el valor es una estimación subjetiva de lo que valen las cosas; por el contrario, el precio es una estimación objetiva de las obras, bienes o servicios determinada por las fuerzas de la oferta y la demanda

³ Ver: (Mankiw, 2004), (Hayek, 1946), y (Krugman et al, 1998), entre otros.

en el marco de una economía de mercado. Por lo tanto, en el presente texto se utilizará el concepto “precio”, por considerarse más técnico y pertinente.

(ii) Algunas reglas normativas⁴ como jurisprudenciales⁵, se refieren al precio bajo el cualificador de “justo” acuñando así la expresión de “justiprecio” (de raigambre civilista); sin embargo, de la exposición que se hará en éste apartado, se podrá concluir que los precios en una economía de mercado se establecen bajo unos criterios de legalidad y eficiencia y NO necesariamente de “justicia”; es decir, que nuestro sistema normativo contractual, integra la noción de compra pública eficiente, no solo a nivel dogmático sino a través de las reglas de planeación, selección, adjudicación, ejecución y liquidación, pero no refiere ni desarrolla los criterios de “justicia” que deban ser empleados.

Tan es así que la Agencia Nacional creada por medio del Decreto 4170 de 2011 se denomina “Colombia Compra Eficiente” y NO “Colombia compra justa”, así como su objetivo fijado en el artículo 2 de la norma en cita señala:

Objetivo de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente- La Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente-, como ente rector, tiene como objetivo desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. (Decreto 4170, 2011, art. 2).

Lo anterior no desconoce que, en un Estado Social de Derecho, la justicia es un preciado valor, objetivo, derecho y principio; y que desde el mismo preámbulo, se establece que en nuestro Estado prevalecerá un “orden económico justo”, pero al momento de la configuración de las reglas aplicables a la construcción y determinación del precio, es el criterio de eficiencia el que sin duda prima. Por lo anotado, en el presente texto se utilizarán las expresiones “precio eficiente”, “precio razonable” y/o “precio equilibrado”.

La determinación del precio equilibrado del contrato, debe estudiarse de manera ex – ante, en la etapa de planeación contractual de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico que gobierna la materia⁶, por lo tanto, es necesario un riguroso estudio de dicho precio ya que de su determinación

⁴ Por ejemplo (Ley 80, 1993, art. 41); Ver también (Ley 1564, 2012, art. 339).

⁵ Ver: (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia Rad. 00477-01, 2012); (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1074, 2002); (Corte Constitucional, Sala Plena, C-476, 2007)

⁶ (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.1.1.)

dependerá el presupuesto oficial que la entidad deba destinar, junto con la correspondiente expedición de la disponibilidad presupuestal (CDP).

Además, un inadecuado cálculo del precio puede llevar a sobreestimarlos y en consecuencia, pagar mucho más de lo que realmente valen las cosas; o por el contrario subestimarlos, lo cual producirá que el contrato no vaya a contar con los recursos necesarios para cumplir sus propósitos. Las consecuencias anotadas derivadas de la incorrecta determinación del precio, no solo constituye un escenario de ineficiencia contractual (afectando de forma directa la ecuación), sino, además, eventualmente podría configurar responsabilidad penal, disciplinaria y/o fiscal.

2.1.1. Elementos mínimos para la determinación del precio equilibrado.

De la adecuada determinación del precio depende en gran parte el equilibrio económico del contrato y la prevención de futuros inconvenientes en su ejecución; es por ello que, al momento de entrar a establecer su cálculo, deben tenerse en cuenta elementos mínimos para su determinación tales como:

2.1.1.1. Estudio del mercado y los escenarios de competencia en el cual se encuentra el conjunto de obras, bienes o servicios que se demandan.

Este análisis hace parte de los estudios del sector y consiste básicamente en una lectura del mercado en donde se va a realizar la compra pública, examinando el comportamiento de las fuerzas de la oferta y demanda que lo integran, y concomitante a ello, una revisión del escenario de competencia en que se encuentra el referido mercado de las obras, bienes o servicios que se están demandando.

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, Colombia tiene una economía de mercado, “economía que asigna los recursos por medio de las decisiones descentralizadas de muchas empresas y hogares cuando interactúan en los mercados de bienes y servicios” (Mankiw, 2004, p.7).

Dicha economía, parte de la libertad en la iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de competencia, etc. pero con intervención del Estado en caso de existir fallas de mercado, “Situación en la que un mercado no asigna eficientemente los recursos por sí solo” (Mankiw, 2004, p.7).

Este sistema híbrido se ha denominado como “economía social de mercado” en donde la determinación del precio parte del escenario de competencia en que

se encuentra el conjunto de obras, bienes o servicios que se pretenden demandar a través del proceso contractual.

Este concepto ha sido acuñado por el Tribunal Federal Constitucional Alemán y adoptado por nuestro máximo Tribunal Constitucional en prolijo precedente en punto del cual ha fijado algunas pautas y nociones respecto de las cuales se destacan:

La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Empero ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-228, 2010)

Por otra parte, es necesario resaltar que la Alta Corte se refiere al modelo de Economía Social de Mercado adoptado por la Constitución, así:

En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribió la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que

buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que “las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-032, 2017)

En el mismo sentido, por medio de la Sentencia C-228 de 2010, la Corte indicó:

Las normas que integran lo que la jurisprudencia define como la “Constitución Económica” tienen importantes efectos en lo que respecta al modo e intensidad del juicio de constitucionalidad de las normas legales destinadas a regular la intervención del Estado en la economía. Como se ha visto, las garantías constitucionales propias de la libertad de empresa encuentran su verdadero sentido cuando se les comprende, no como prerrogativas sin límite y exclusivamente destinadas a la maximización del beneficio de los participantes en el mercado, sino cuando son entendidas en el marco de la protección del interés social. Ello en el entendido que existe una cláusula general a favor del Estado, que le permite intervenir en la economía con el fin de proteger los bienes y valores constitucionales que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-228, 2010)

Si el mercado tiene (i) pluralidad de agentes (oferentes – demandantes), (ii) ninguno detenta poder de fijación de precio, también llamado poder de mercado y se entiende como la “capacidad de un único agente económico (o de un pequeño grupo de ellos) para influir considerablemente en los precios de mercado” (Mankiw, 2004, P.8). (iii) compiten de forma perfecta o cuasi-perfecta (iv) se presenta una igualdad respecto del excedente del consumidor y del productor, (v) hay simetría de información, (vi) las obras, bienes o servicios reportan elasticidad; podrá concluirse preliminarmente, que ese mercado se encuentra en equilibrio ya que cada uno de los extremos de la relación (proveedor y consumidor) son precio-aceptantes.

No obstante, si el mercado experimenta (i) distorsiones de la competencia, tales como el monopolio⁷, oligopolio⁸, monopsonio⁹ u oligopsonio¹⁰; (ii) asimetrías de información; (iii) ruptura de la relación paritaria respecto de los excedentes del productor y consumidor; y (iv) las obras, bienes o servicios demandados son inelásticos,

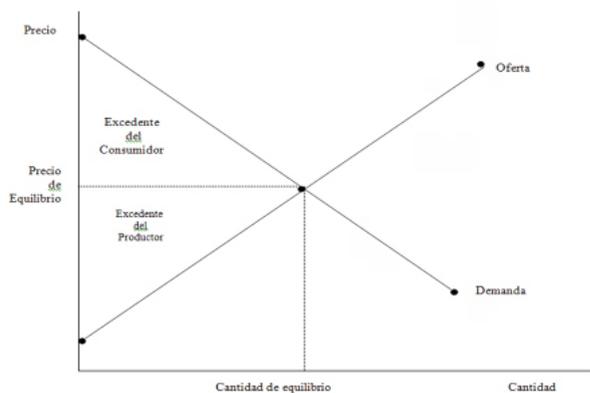
7 Presencia de un solo oferente con poder de asignación de precio.

8 Presencia de un pequeño grupo de oferentes con poder de asignación de precio.

9 Presencia de un solo demandante con poder de asignación de precio.

10 Presencia de un pequeño grupo de demandantes con poder de asignación de precio.

Figura 1
Mercado en equilibrio

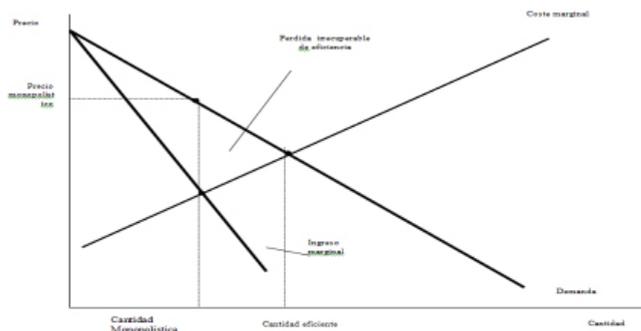


Nota. La gráfica representa el excedente del consumidor y del productor en el equilibrio de mercado: El excedente total (la suma del excedente del consumidor y del productor) es el área situada entre las curvas de oferta y demanda hasta la cantidad de equilibrio. Fuente: Propia, con base en Figura 7-7. (Mankiw, 2004, p.95).

se está en presencia de un mercado en desequilibrio, alterando sustancialmente el precio que podría obtenerse de un mercado en equilibrio, tal como se representa en las gráficas que a continuación se exponen:

Del anterior gráfico es posible concluir, que en un escenario de competencia perfecta, los precios son determinados por la confluencia de las fuerzas de oferta y demanda, logrando un punto de equilibrio en donde la distribución y asignación de los recursos conduce a la existencia de un excedente tanto para el productor como para el consumidor; y ya que los productores son precio-aceptantes y que el precio es igual al costo marginal, ninguno detenta poder de mercado, frente a lo cual podemos afirmar que la asignación es eficiente.

Figura 2.
Mercado en Monopolio



Nota. La gráfica mostrada de manera precedente, muestra la ineficiencia del monopolio. Fuente: Propia, con base en Figura 15-8 (Mankiw, 2004, p.201).

Vale la pena indicar, que como un monopolio cobra un precio superior al coste marginal, no todos los consumidores que conceden al bien un valor superior a su coste lo compran. Por lo tanto, la cantidad producida y vendida por un monopolio es inferior al nivel socialmente eficiente. La pérdida irrecuperable de la eficiencia está representada por el área del triángulo situada por debajo de la curva de demanda (que refleja el bien que tiene para los consumidores) y la curva de coste marginal (que refleja los costes del productor monopolístico

Adicionalmente, la gráfica anterior muestra que, cuando se destruye el escenario de competencia por la presencia de distorsiones y/o existencia de poder de mercado, las partes salen de su posición de precio-aceptantes para comenzar a ser determinadores del precio, lo que trae como directa consecuencia que una parte del excedente del consumidor sea apropiada por los productores, y que otra parte, se “pierda” en el mercado, ocasionando una pérdida irrecuperable de la eficiencia, con afectación de la economía en su conjunto y principalmente de los consumidores (téngase en cuenta que, en la contratación pública, el Estado es el demandante o consumidor).

En relación con éstas condiciones, el ordenamiento contractual, en particular el Decreto 1082 de 2015, prevé una forma de ampliar el rango de participación de agentes de mercado (para evitar el monopolio en situaciones de proveedor exclusivo), conminando a las entidades contratantes a que en los estudios previos revisen la existencia de acuerdos comerciales celebrados por Colombia con otros Estados (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.1.1.) , con la corresponsal obligación de hacer extensiva la convocatoria contractual a las personas naturales y jurídicas (en unión temporal o consorcios, según sea el caso), de estos países para que participen con la formulación de ofertas en el proceso contractual.

La Agencia Colombia Compra Eficiente elaboró una guía para la elaboración de los estudios del sector, de la cual se destacan los aspectos más relevantes en el siguiente cuadro:

Tabla 1*Aspectos generales Contratación estatal*

Aspectos Generales	
Económico	Técnico
<p>Análisis de datos de: (i) productos incluidos dentro del sector; (ii) agentes que componen el sector; (iii) gremios y asociaciones que participan en el sector; (iv) cifras totales de ventas; (v) perspectivas de crecimiento, inversión y ventas; (vi) variables económicas que afectan el sector como inflación, variación del SMMLV y la tasa de cambio; (vii) cadena de producción y distribución; (viii) materias primas necesarias para la producción y la variación de sus precios; y (ix) dinámica de importaciones, exportaciones y contrabando, en caso de que aplique. (Guía para la elaboración de estudios del Sector, 2020, pp. 5-32)</p>	<p>Las condiciones técnicas y tecnológicas del objeto del Proceso de Contratación, incluyendo el estado de la innovación y desarrollo técnico que permite crear nuevos productos y oportunidades de mercado y las nuevas tendencias como: (i) cambios tecnológicos, (ii) amplitud de la oferta de características de los productos; (iii) especificaciones de calidad; (iv) condiciones especiales para la entrega (cadenas de frío, sistemas de vigilancia, etc.) y (v) tiempos de entrega. (Guía para la elaboración de estudios del Sector, 2020, pp. 5-32)</p>
Regulatorio	Otros
<p>La Entidad Estatal debe identificar la regulación aplicable al objeto del Proceso de Contratación, tanto la que influye en el mercado del bien, obra o servicio, como la que regula la actividad de los proveedores y compradores de manera particular, incluyendo regulaciones de mercado, de precios, ambientales, tributarias y de cualquier otro tipo, así como las modificaciones recientes a tales regulaciones y el impacto en su aplicación. También debe estudiar si en el sector hay Normas Técnicas Colombianas, acuerdos o normas internacionales aplicables y autoridades regulatorias o de vigilancia. (Guía para la elaboración de estudios del Sector, 2020, pp. 5-32)</p>	<p>“La Entidad Estatal debe establecer otros contextos como ambiental, social, político u otro si es conveniente y relevante para conocer el sector”. (Guía para la elaboración de estudios del Sector, 2020, pp. 5-32)</p>
Estudio de la Oferta	
¿Quién vende?	¿Cuál es la dinámica de producción, distribución y entrega de bienes, obras o servicios?
<p>La Entidad Estatal debe identificar los proveedores en el mercado del bien, obra o servicio, así como sus principales características como tamaño empresarial, ubicación, esquemas de producción y comportamiento financiero. Esta identificación permite determinar posibles riesgos de colusión y también establecer el poder de negociación de los proveedores, el cual está relacionado con el número de competidores presentes en el mercado y las participaciones de cada uno en el mercado. Mientras menos proveedores hay, mayor es el poder de negociación de cada uno de ellos.</p>	<p>La Entidad al determinar los participantes en la producción, comercialización y distribución de los bienes puede mejorar la eficiencia y la economía de las adquisiciones, disminuyendo en algunos casos el número de intermediarios. La Entidad Estatal debe conocer el proceso de producción, distribución y entrega de los bienes, obras o servicios, los costos asociados a tales procesos, cuáles son las formas de distribución y entrega de bienes o suministro del servicio.</p>

Esto puede traducirse en precios más altos o condiciones menos favorables para la Entidad Estatal. Para identificar los posibles proveedores es recomendable utilizar bases de datos e información del Sistema de Información y Reporte Empresarial –SIREM–; las bases de datos de las Cámaras de Comercio y de los gremios; y cualquier otro sistema de información empresarial o sectorial disponible en el mercado. Estas bases de datos permiten conocer la información financiera del sector y de algunos de sus miembros en particular, para que la Entidad Estatal pueda establecer los requisitos habilitantes y demás condiciones del Proceso de Contratación, teniendo en cuenta las condiciones generales del sector. (Guía para la elaboración de estudios del Sector, 2020, pp. 5-32)

Igualmente, la Entidad Estatal debe entender la dinámica del mercado en lo que corresponde a la cadena de producción o distribución o suministro del bien, obra o servicio, así como identificar cuál y cómo es el proceso del bien, obra o servicio hasta llegar al usuario final, el papel que juegan los potenciales oferentes en esa cadena y el ciclo de vida del bien, obra o servicio. Por ejemplo, el proveedor que necesita la Entidad Estatal puede ser proveedor de materias primas, fabricante, importador, ensamblador, distribuidor mayorista, distribuidor minorista, intermediario, transportador, etc. Respecto de la distribución, como mínimo se debe determinar si: (i) ¿Los proveedores tienen la capacidad de distribuir el producto en todos los lugares requeridos? (ii) ¿Cuál es la diferencia de costos entre contratar el transporte y distribución al mismo proveedor del producto o contratar el transporte de forma independiente? (iii) ¿Cuáles son los tiempos de entrega a los diferentes lugares donde se debe suministrar el producto? (iv) ¿El producto permite ser almacenado o necesita de condiciones especiales para conservar sus propiedades? (v) ¿El ahorro de comprar en bloque y almacenar (en caso de que la Entidad Estatal cuente con un centro de almacenamiento) es mayor que los costos de distribuir a varios lugares? (Guía para la elaboración de estudios del Sector, 2020, pp. 5-32)

Estudio de la Demanda

¿Cómo ha adquirido la Entidad Estatal en el pasado este bien, obra o servicio? (histórico de contratación).

La Entidad Estatal debe analizar el comportamiento de sus adquisiciones anteriores del bien, obra o servicio, teniendo en cuenta: (i) Modalidad de selección del contratista. (ii) Objeto del contrato. (iii) Cantidad del bien, obra o servicio. (iv) Autorizaciones, permisos y licencias requeridas para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto. (v) Valor de los contratos y forma de pago. (vi) Número de contratos suscritos para el efecto y vigencias de los mismos. (vii) Presupuesto con cargo al cual han sido ejecutados los contratos (inversión o funcionamiento) y si ha habido lugar a vigencias futuras. (viii) Oferentes que han participado en los procesos de selección y contratistas. (ix) Comportamiento de los contratistas e imposición de sanciones. Condiciones de pago establecidas en los contratos. (x) Cronogramas. (xi) Tiempos y lugares de entrega acordados. (xii) Garantías exigidas y siniestros. (Guía para la elaboración de estudios del Sector, 2020, pp. 5-32)

¿Cómo adquieren las Entidades Estatales y las empresas privadas este bien, obra o servicio?

En el estudio de demanda Colombia Compra Eficiente sugiere identificar y analizar los Procesos de Contratación de Entidades Estatales que han adquirido en el pasado el bien, obra o servicio para extraer las mejores prácticas e información pertinente para el Proceso de Contratación. Para el efecto, el Sistema Electrónico de Contratación Pública –SECOPI– ofrece la posibilidad de consultar Procesos de Contratación de otras Entidades Estatales en los cuales la Entidad Estatal puede observar entre otros aspectos, las especificaciones técnicas, requisitos habilitantes, método de evaluación de ofertas y las modalidades de contratación utilizadas. Esta información se puede observar en los pliegos de condiciones, adendas, observaciones a los pliegos, actas de evaluación, contratos y demás Documentos del Proceso. No obstante, para la consulta y empleo de la información, la Entidad Estatal no debe copiar mecánicamente la información de otros Procesos de Contratación y debe tener en cuenta que hay una buena práctica cuando en el Proceso de Contratación hubo

competencia de ofertas, el contratista cumplió con el objeto del contrato oportunamente y en los términos acordados y la ciudadanía recibió el bien, obra o servicio. La información histórica de la demanda es importante para definir ciertos puntos respecto al conocimiento particular de la necesidad a contratar, proveedor y precio de adquisición. Para el efecto la Entidad Estatal debe: (a) tener claro las cantidades que requiere comprar, en caso de ser un monto, o saber si las aproximaciones históricas muestran que ha tenido que hacer adiciones para suplir la demanda o si por el contrario la demanda ha sido subestimada; y (b) saber cómo ha escogido a los proveedores en caso de que el bien, obra o servicio haya sido contratado anteriormente. La Entidad Estatal debe indagar sobre el desempeño de estos proveedores y preguntarse si existen varios proveedores que puedan satisfacer la necesidad y atender la demanda en el lugar donde es requerida. Por último, la Entidad Estatal debe conocer si el precio que ha pagado por el bien, obra o servicio en diferentes momentos ha sido constante teniendo en cuenta la inflación, variación de la tasa de cambio o los precios de las materias primas. El análisis de esta información histórica proporciona a la Entidad Estatal herramientas para tomar mejores decisiones de compra. (Guía para la elaboración de estudios del Sector, 2020, pp. 5-32)

Igualmente, Colombia Compra Eficiente recomienda a la Entidad Estatal revisar cómo contratan las empresas del sector privado los mismos bienes, obras y servicios en condiciones de volumen, cantidad y calidad comparables. (Guía para la elaboración de estudios del Sector, 2020, pp. 5-32)

Nota. Datos tomados de la Guía para la elaboración de estudios del Sector (2020, pp. 5-32)

De lo expuesto en éste apartado, de conformidad con el Decreto 1082 de 2015, se observa la enorme importancia que tiene para las entidades contratantes realizar un adecuado y riguroso estudio del sector económico (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.1.6.1.), ya que, a través del mismo, se puede establecer el comportamiento que experimentan las fuerzas de la oferta y la demanda en un determinado mercado, y de esta forma buscar los escenarios más competitivos y eficientes para emplear racional y adecuadamente los recursos del Estado, máxime que en su avasalladora mayoría, la compra pública se hace en un mercado imperfecto.

En este sentido, frente a la compra pública, conviene traer a colación a Barreto (2019):

La compra pública es un mercado imperfecto con sinnúmero de fallas es un monopsonio donde se presenta competencia por el mercado (a), maneja

asimetría de la información (b), existe un grave riesgo de prácticas restrictivas como la colusión y la corrupción (c), está afectada por externalidades (d), su manejo está dado por una administración ineficiente (e), y usualmente carece de una adecuada planeación. (p.62)

2.1.1.2. *El costo de producción de lo que se demanda (Cp).*

Otro punto importante al momento de determinar el precio equilibrado, es examinar el costo de producción en que incurriría el futuro contratista para producir el bien, la obra o servicio que se está demandando a través del proceso de contratación.

En relación con el costo total, autores como Mankiw (2008) señalan lo siguiente:

Es el precio de mercado de los factores que utiliza una empresa por la venta de su producción; estos costos serán explícitos cuando los costes de los factores exigen a la empresa un desembolso en dinero, y serán implícitos, cuando los costes de los factores no exigen a la empresa un desembolso en dinero. (p.166)

Con el objeto de establecer un coste medio de producción, las entidades cuentan con varias fuentes de información entre las cuales se pueden destacar: (i) las cotizaciones desagregadas, (ii) listas de precios oficiales, (iii) listas de precios gremiales, (iv) documentos que soportan la capacidad financiera de los principales proveedores del bien, obra o servicio demandado inscritos en RUP¹¹, (v) consulta a las bases de datos del SIREM¹², (vi) consultas comparativas¹³ y la proyección espejo realizada a través del análisis del histórico de contratación¹⁴.

Es importante anotar que muchas veces se observa de la práctica contractual, que varias entidades estatales fundan el estudio de mercado únicamente en las cotizaciones, lo cual es anti técnico e inadecuado porque (i) se reduce el análisis a un criterio de una variable, confundiendo la parte con el universo, generando información precaria e incompleta, (ii) se incentiva negativamente a la “cartelización del sector proveedor”, pues en ausencia de estudios de mercado que consulten varias fuentes o variables, los productores tienen la tendencia a celebrar acuerdos comerciales (explícitos o implícitos), dejando de competir y fijando precios de oligopolio, alejando así la posibilidad de comprar a precios reales de mercado.

¹¹ Registro Único de Proponentes.

¹² Información básica en materia financiera y jurídica de las sociedades comerciales, empresas unipersonales y sucursales de sociedad extranjera, que reportan información a la Superintendencia de Sociedades.

¹³ Análisis de la contratación realizada por entidades de similar naturaleza, tamaño y condiciones.

¹⁴ Examen de la contratación ejecutada por la misma entidad demandante respecto de bienes y servicios que fueron adquiridos en vigencias pasadas. El referido histórico de contratación también es de utilidad para la lectura del comportamiento de la demanda y determinación del escenario de competencia.

Por lo tanto, al momento de realizar el análisis del costo medio de producción, se recomienda por lo menos hacer el estudio de cuatro fuentes de las mencionadas ut supra, con el fin de contar con la información más completa posible (reduciendo de forma significativa algunas asimetrías), y así tener una aproximación fiable al conocimiento del mercado de la respectiva compra pública.

El análisis del costo de producción, se encuentra íntimamente relacionado con el estudio del sector económico.

2.1.1.3. Los costos de transacción de contratar con el Estado (Ct).

Los costos de transacción son “todos los costos necesarios a las partes para llegar a una reglamentación autónoma, es decir, no externa, de sus relaciones contractuales” (Bejarano, 1999, p.162). En relación con la compra pública, se constituyen en “aquellos pagos adicionales al precio del bien o servicio adquirido en que se incurre al hacer un intercambio económico”.

Asimismo, respecto a las economías de mercado, la doctrina ha señalado que:

En las economías de mercado, la racionalidad económica sugiere que la supervivencia de empresas, instituciones e instrumentos financieros se relaciona con los costos de transacción, por lo que las instituciones y los instrumentos que sobreviven son los que tienen los costos de transacción más bajos. Los atributos clave que determinan los costos de transacción son: Especificidad de los activos, que está relacionada con la manera en que la transacción está organizada y ejecutada. Incertidumbre, que tiene (1) fuentes externas (cuando los acontecimientos cambian más allá del control de las partes contratantes), y (2) depende de la conducta oportunista de las partes contratantes. Frecuencia de ocurrencia, que desempeña un papel importante en la determinación de si una transacción debe tener lugar en el mercado o en la empresa. Una transacción de una sola vez puede reducir los costos cuando se ejecuta en el mercado. Por el contrario, las transacciones frecuentes requieren contratación detallada y deben llevarse a cabo dentro de una empresa con el fin de reducir los costos. (Buján, 2014)

Al momento de calcular el precio de un contrato, es importante determinar cuáles son los costes de transacción asociados a contratar con el Estado, ya que el conjunto de éstos afecta directamente la proyección del precio. Entre los principales costos de transacción se encuentran: (i) los referentes al pago de seguridad social; (ii) parafiscales; (iii) contribuciones, tasas e impuestos; (iv) retenciones; (v) pólizas

o mecanismos de cobertura; (vi) la administración del encargo fiduciario (en caso de erogarse anticipos en los contratos de obra); (vii) estampillas; (viii) demás gastos de formalización del contrato, etc.

Los citados costes resultan en la práctica verdaderos generadores de ineficiencia, pues no hacen parte directa del objeto del negocio jurídico, y tampoco se integran a las prestaciones de ninguno de los co-contratantes, haciendo que el precio pagado por las entidades estatales (en muchos de los casos), sea significativamente superior al que podría obtener un particular demandante del mismo bien, obra o servicio; por lo tanto, en la mayoría de las operaciones contractuales, el Estado adquiere a sobre precio, es decir, un precio superior al que compraría un particular en las mismas condiciones de mercado.

Por lo tanto, el “sobre precio” expresa la diferencia existente entre una operación homóloga de compra pública y una privada, brecha generada principalmente por los costos de transacción asociados a la contratación estatal; en consecuencia, es un concepto distinto al de “sobre costo”, pues éste último, se configura cuando haciendo una comparación homóloga de compras públicas (incluyendo los costos de transacción), existe una diferencia injustificada entre la una y la otra.

En suma, mientras el “sobre precio” es legal, pues se deriva del comportamiento normal de la transacción en las economías del mercado, debido a la existencia de altos costos de transacción en la contratación estatal; el “sobre costo” supone la existencia de un comportamiento antijurídico de quien realiza la compra pública, pues no solo es una contratación ineficiente sino además vulnera los postulados normativos sobre el uso adecuado de los recursos públicos.

Uno de los mecanismos creados por el Estado para intentar reducir los costos de transacción en la contratación estatal, son los acuerdos marco de precios (mecanismos de demanda agregada), los cuales al acudir a economías de escala generan mayor efecto paritario entre la compra pública y privada.

El uso de los referidos acuerdos marco de precio para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes, de acuerdo con la normatividad vigente¹⁵, es obligatorio para las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional (incluidas sus descentralizadas), y facultativo para las entidades territoriales,

¹⁵ Artículo 2.2.1.2.1.2.7. Procedencia del Acuerdo Marco de Precios. Las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes. Las entidades territoriales, los organismos autónomos y los pertenecientes a la Rama Legislativa y Judicial no están obligados a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios, pero están facultados para hacerlo.

organismos autónomos y pertenecientes a las ramas legislativa y judicial.

Lo anterior, teniendo en cuenta, el Decreto 1082 (2015), en virtud del cual las Entidades Estatales de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, obligadas a aplicar la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, o las normas que las modifiquen, aclaren, adicionen o sustituyan, están obligadas a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios vigentes. Las entidades territoriales, los organismos autónomos y los pertenecientes a la Rama Legislativa y Judicial no están obligados a adquirir Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes a través de los Acuerdos Marco de Precios, pero están facultados para hacerlo (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.1.2.7).

La gran mayoría de los costos de transacción (a diferencia de los costos medios de producción), son costes fijos que no dependen del querer de las partes, ya que los más relevantes provienen del carácter impositivo del Estado a través de la fijación de contribuciones, tasas, impuestos, etc. los cuales se encuentran previamente tipificados con determinación de sus tarifas, porcentajes o quantum; y en tal virtud, si no se hace un estudio cuidadoso de los referidos costes, podría estarse proyectando un precio que potencialmente entrara en desequilibrio con las consecuencias contractuales y de responsabilidad subjetiva que a ello hubiere lugar.

2.1.1.4. Costos exógenos imputables a la ejecución contractual (Ce):

En algunos tipos de contrato¹⁶, se proyecta unos costes asociados a la cobertura de aleas normales que suelen presentarse regularmente en la operación, precavando e internalizando alteraciones ordinarias de la ejecución del contrato.

Tal es el caso de los imprevistos que se incluyen dentro de la proyección del AIU¹⁷ en los contratos de obra o en otros de similar naturaleza, ya que al no tener regulación legal que la haga impositiva y/o establezca sus montos o porcentajes, se entiende como cláusula natural del contrato que está sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes¹⁸.

Varios han sido los debates que giran entorno a los “Imprevistos” imbricados en el AIU, pues (como se indicó), no tienen desarrollo explícito normativo, y en tal virtud, su definición, características, elementos constitutivos y alcances, han estado

¹⁶ Generalmente de tracto sucesivo ligados a procesos constructivos de obra y/o de alta complejidad.

¹⁷ Administración, imprevistos y utilidad.

¹⁸ Por ejemplo, el Consejo de Estado ha llegado a reconocer la procedencia en el AIU en el contrato de suministro. Ver: (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386), 2018)

a cargo de la jurisprudencia y la doctrina, en donde no existen posturas unificadas ni pacíficas sobre varias circunstancias de su aplicación.

2.1.1.5. La utilidad razonable del contratista (Ur).

La teleología de las normas y reglamentaciones posteriores a la expedición de la ley 1150 de 2007, hace un especial énfasis en la obligación de colaboración y coadyuvancia del contratista para con los fines y necesidades estatales que se busca satisfacer por medio de la contratación, lo cual no excluye la existencia de una utilidad perseguida de forma legítima por dicho contratista como contraprestación a las obras, bienes y/o servicios por él proveídos, y ello mantiene estrecha relación con la ecuación contractual.

El Consejo de Estado en providencia del 2018, sostuvo que la utilidad es el beneficio económico pretendido por el contratista, que en el plano financiero se expresa como el beneficio bruto menos los costos de ejecución. Además, señala que la utilidad, si bien es un componente ordinario del precio ofrecido (en los contratos onerosos), no se constituye per se en un elemento esencial del contrato.

Dicha relación entre utilidad y ecuación es relevada por el Consejo de Estado así:

Al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por otro lado, el contratista un beneficio económico en su favor, de suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución. Por lo tanto, la preservación de la ecuación financiera existente a la fecha en que surge el contrato es un propósito cardinal en la contratación pública y obedece a varias razones, entre ellas, la conveniencia para el interés público, pues la administración y su actividad están al servicio de los intereses generales, y a la vez porque la remuneración razonable del contratista está cimentada en criterios de justicia, equidad, garantía del patrimonio e igualdad de la ley ante las cargas públicas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), 2011)

Adicionalmente, el máximo Tribunal en materia Administrativa dispuso que: La utilidad o ganancia ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Sección, en términos generales y en el contexto del contrato estatal, como el beneficio

económico que pretende percibir el contratista por la ejecución de dicho contrato, utilidad que desde la óptica financiera corresponde al valor que prevé obtener aquel, descontados los costos para su ejecución. Además, de acuerdo con la Sección Tercera, la utilidad o ganancia, si bien constituye un componente ordinario del “precio” ofrecido o aceptado por el contratista en los contratos onerosos, no es un elemento esencial del contrato estatal, conclusión que se vio revalidada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 que derogó expresamente el aparte del inciso segundo del artículo 3 de la Ley 80 de 1993 que establecía que el Estado garantizaba la obtención de utilidades de los particulares. También es importante señalar que en la descomposición del precio en costos directos e indirectos y la utilidad, esta última necesariamente corresponde a la ganancia a la que se le hayan descontado los costos y gastos asociados directa e indirectamente a la prestación del bien, servicio u obra objeto del contrato, sin que equivalga strictu sensu a la utilidad en el estado financiero de un ejercicio contable, en el que se incorporan otras partidas que afectan el resultado final. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576), 2018)

La referida utilidad, tiene que calcularse de forma razonable y proporcional atendiendo a la complejidad del objeto contractual, la especificidad del sector, la presencia o no de fallas de mercado, la onerosidad del negocio, las restricciones presupuestales, el carácter esencial de las obras, bienes o servicios que se pretendan adquirir, etc. Por lo tanto, la determinación de la utilidad se encuentra ligada al estudio del mercado y proyecciones propias de cada operación.

Bajo esta línea argumentativa señala la Sección Tercera de la Corporación:

La remuneración razonable es una noción comprensiva tanto del costo de un bien, servicio u obra, como de la utilidad, término que significa el beneficio, ganancia, fruto, interés, lucro o provecho que se saca de una cosa o se produce en el desarrollo de una actividad, siguiendo las acepciones que respecto de éste trae el Diccionario de la Lengua Española, y que para el contratista representa el resultado económico de la diferencia entre los costos para su producción, realización o construcción, según el caso, y el valor que recibe por el suministro y la prestación de los mismos. Será la consulta de los precios del mercado del bien, servicios u obra junto con el análisis de la utilidad habitual en transacciones y negocios de igual, equivalente, semejante o similar naturaleza, la que posibilita, en principio, verificar la razonabilidad o desproporción del precio y de la utilidad a percibir u obtenida por el contratista. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080), 2011)

Sostiene el máximo Tribunal Administrativo, en providencia del 2012, que la utilidad como derecho que le asiste al contratista es “renunciable”; es decir, no es antijurídico que el contratista proyecte su utilidad a 0%. Añade, que no se debe confundir utilidad con precio, ya que, la utilidad es tan solo uno de los elementos que lo integran.

Por lo tanto, el precio se constituye en una estipulación esencial, mientras la utilidad es una estipulación accidental, así pues:

La Sala considera que una propuesta puede comprender válidamente utilidades por un 0%. Se aprecia que la obtención de utilidad por parte de un contratista es un derecho renunciable en los términos del artículo 15 del Código Civil, en tanto que atañe exclusivamente al ámbito de sus intereses individuales y su renuncia no está prohibida. No es posible aceptar que el reconocimiento del derecho a una utilidad sea considerado como una norma de derecho imperativo donde estén interesados el orden y las buenas costumbres en los términos del artículo 16 del Código Civil, puesto que hace parte de la iniciativa particular y de la órbita propia de su autonomía, determinar cuáles son los beneficios que el contratista habrá de obtener por la explotación de una actividad económica, o decidir, simplemente, que no obtendrá utilidad monetaria alguna. No se debe confundir jamás lo que se acaba de señalar en relación con la utilidad, con la falta del elemento esencial del contrato denominado precio, puesto que en el asunto *sub judice* claramente precio hay, y consiste en el valor que el proponente pretendía recibir como contraprestación por la construcción de la obra, esto es \$162 775 090,20 (f. 5, c.11). Otra cosa es la forma como dentro de su empresa se hubieren organizado los actores para recibir o dejar de recibir utilidades, es decir, ganancia, provecho o excedente sobre el precio recibido, lo cual constituiría más bien un elemento accidental del contrato. Es tan claro lo anterior, que en la actualidad la expresión referida –“*además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado*”– fue derogada por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, sin que se afectara en forma alguna la estructura del contrato estatal ni sus elementos esenciales. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077), 2012)

En conclusión, la utilidad (i) desde un plano material, se representa en un beneficio económico que obtiene el contratista por las obras, bienes o servicios brindados al Estado en la ejecución del contrato; (ii) pero existe una esfera inmaterial, tal como la adquisición de mayor experiencia, el incremento del buen

nombre empresarial, el beneficio reputacional o el simple cumplimiento de una funcional social.

En ese orden de ideas, de conformidad con la Jurisprudencia del Consejo de Estado:

Desde cualquiera de las perspectivas presentadas, los particulares pueden interesarse en la celebración de contratos con el Estado, allende de la obtención de utilidades, por la función social que les representa, en tanto que, a través del contrato estatal, hacen funcionar su empresa, generan empleo, colaboran con el Estado, adquieren experiencia o prestigio, etc. En todo caso, la obtención de utilidad particular es un derecho al cual el contratista puede renunciar válidamente. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077), 2012)

Como cierre del presente acápite, se puede concluir que el precio equilibrado o razonable, se compone como mínimo de los siguientes elementos: (i) Costos de Producción, (ii) Costos de Transacción, (iii) Costos exógenos y (iv) Utilidad razonable; los cuales se determinan a partir de un estudio del escenario de competencia en el cual se encuentra el mercado del conjunto de obras, bienes o servicios que se demandan. Relación que se puede expresar de la siguiente manera:

Tabla 2

Elementos del precio

Determinación del precio en un mercado en Competencia	Determinación del precio en un mercado en Monopolio u Oligopolio.
$P: Cm + Ct + Ci + Ur$	$P: Cp + Ct + Ci Ur$
P: Precio. Cm: Costo marginal de producción ² . Ct: Costos de transacción asociados a contratar con el Estado. Ci: Costos exógenos imputables a la ejecución contractual ³ . Ut: Utilidad razonable	P: Precio Cp: Costo de producción ⁴ Ct: Costos de transacción asociados a contratar con el Estado. Ci: Costos indirectos imputables a la ejecución contractual. Ut: Utilidad razonable

Nota. Fuente propia

² En un mercado en competencia el costo marginal de producción es igual al precio de mercado.

³ Variable solamente estimada en aquellos contratos en donde exista una previsión ex - ante de imprevistos.

⁴ En ausencia de un escenario de competencia el coste de producción al igual que la utilidad razonable en los mercados monopolísticos u oligopolísticos es fijada por quien tenga el poder de mercado.

2.1.2. *El precio y restricciones presupuestales para su fijación (establecimiento de topes máximos).*

Como se ha venido sosteniendo en líneas que anteceden, el precio como elemento esencial de la ecuación financiera del contrato y requisito de perfeccionamiento del mismo, emerge del acuerdo de voluntades de las partes atendiendo a una razonable y proporcional estimación derivada de un juicioso estudio del mercado; sin embargo, existe una situación especial en tratándose de los contratos de servicios personales, respecto de los cuales el ordenamiento jurídico ha previsto reglas que han sido producto de un álgido debate, tanto a nivel hermenéutico como práctico. Por lo tanto, se propone realizar un análisis sobre el siguiente problema jurídico:

¿Existen restricciones normativas de orden presupuestal que actualmente fijen “topes máximos” para la determinación del precio en los contratos de servicios personales? Y de ser positivo, ¿cuáles serían sus reglas y alcance?

El decreto 1068 de 2015 (por medio del cual se expide el Reglamento del Sector Administrativo de Planeación Nacional), y que a su vez compila las disposiciones que desde 1998 se han expedido con el objeto de generar normas de austeridad y eficiencia, y se someten a condiciones especiales la asunción de compromisos por parte de las entidades públicas que manejan recursos del Tesoro Público.

En este sentido, la norma establece en su artículo 2.8.4.4.6. una serie de reglas para la celebración de contratos de prestación de servicios personales, así:

Artículo 2.8.4.4.6. Prohibición de contratar prestación de servicios de forma continua. Está prohibido el pacto de remuneración para pago de servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad, por valor mensual superior a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad. Parágrafo 1°. Se entiende por remuneración total mensual del jefe de la entidad, la que corresponda a este en cada uno de dichos períodos, sin que en ningún caso puedan tenerse en consideración los factores prestacionales.

Parágrafo 2°. Los servicios a que hace referencia el presente artículo corresponden exclusivamente a aquellos comprendidos en el concepto de “remuneración servicios técnicos” desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, con independencia del presupuesto con cargo al cual se realice su pago.

Parágrafo 3°. De manera excepcional, para aquellos eventos en los que se requiera contratar servicios altamente calificados, podrán pactarse honorarios superiores a la remuneración total mensual establecida para el jefe de la entidad, los cuales no podrán exceder del valor total mensual de remuneración del jefe de la entidad incluidos los factores prestacionales y las contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con seguridad social y parafiscales a cargo del empleador. “En estos eventos el Representante Legal de la entidad deberá certificar el cumplimiento de los siguientes aspectos: 1. Justificar la necesidad del servicio personal altamente calificado. 2. Indicar las características y calidades específicas, altamente calificadas, que reúne el contratista para la ejecución del contrato, y 3. Determinar las características de los productos y/o servicios que se espera obtener.

Parágrafo 4°. Se entiende por servicios altamente calificados aquellos requeridos en situaciones de alto nivel de especialidad, complejidad y detalle. (Decreto 1068, 2015, art. 2.8.4.4.6.)

De la norma en cita, se puede colegir:

(i) No prohíbe celebrar contratación de servicios de forma continua (como su nomen iuris aparentemente indica), sino que dicha prohibición está dirigida al monto o tope máximo de remuneración pactada en dichos contratos.

El Decreto de Liquidación de Presupuesto No. 2236 de 2017, definía los servicios permanentes como:

Pago por servicios calificados a personas naturales o jurídicas que se prestan en forma continua para asuntos propios del órgano, los cuales no pueden ser atendidos con personal de planta o que se requieran conocimientos especializados y están sujetos al régimen contractual vigente. (Decreto 2236, 2017, art. 38)

(ii) La citada prohibición, esta dirigida para los contratos de “servicios personales”; es decir, aquellos que de acuerdo con el artículo 32 de la ley 80 de 1993, y la jurisprudencia, hacen referencia a servicios profesionales y los de apoyo a la gestión administrativa.

En cuanto al referente jurisprudencial, el Consejo de Estado analiza el “contrato de prestación de servicios profesionales” de la siguiente manera:

Contrato de prestación de servicios profesionales. Su objeto está determinado por el desarrollo de actividades identificables e intangibles que impliquen el desempeño de un esfuerzo o actividad, tendiente a satisfacer necesidades de las entidades estatales en lo relacionado con la gestión administrativa o funcionamiento que ellas requieran, biense acompañándolas, apoyándolas o soportándolas, con conocimientos especializados siempre y cuando dichos objetos estén encomendados a personas consideradas legalmente como profesionales. Se caracteriza por demandar un conocimiento intelectual cualificado: el saber profesional. Dentro de su objeto contractual pueden tener lugar actividades operativas, logísticas o asistenciales, siempre que satisfaga los requisitos antes mencionados y sea acorde con las necesidades de la Administración y el principio de planeación. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia I10010326000201100039 00 (41719), 2013)

De otro lado, la máxima autoridad en materia administrativa señala el objeto del contrato de Prestación de Servicios de simple apoyo a la gestión:

Contrato de prestación de servicios de simple apoyo a la gestión. Su objeto contractual participa de las características encaminadas a desarrollar actividades identificables e intangibles. Hay lugar a su celebración en aquellos casos en donde las necesidades de la Administración no demanden la presencia de personal profesional. Aunque también se caracteriza por el desempeño de actividad intelectual, ésta se enmarca dentro de un saber propiamente técnico; igualmente involucra actividades en donde prima el esfuerzo físico o mecánico, en donde no se requiere de personal profesional. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia I10010326000201100039 00 (41719), 2013)

(iii) Hay dos tipos de límites establecidos para esta clase de servicios personales, a saber: (a) “para servicios calificados”, en los cuáles no se podrá pactar remuneración para el contratista que supere el valor que de forma mensual esté establecido como remuneración para el jefe de la entidad, sin incluir los factores prestacionales; (b) “para servicios altamente calificados”¹⁹, no se puede pactar honorarios para el contratista que superen el valor que de forma mensual esté previsto como remuneración para el jefe de la entidad, incluyendo los factores prestacionales y contribuciones inherentes a la nómina, relacionadas con seguridad social y parafiscales a cargo del empleador.

¹⁹ La misma norma en su parágrafo 4, los define como “aquellos requeridos en situaciones de alto nivel de especialidad, complejidad y detalle” (Decreto 1068, 2015, 2.8.4.4.6.).

(iv) Esta norma contempla dos reglas en punto del ámbito de aplicación, a saber: (a) regla general. Cobija a los “organismos, entidades, entes públicos, y personas jurídicas que financien sus gastos con recursos del Tesoro Público” (Decreto 1068, 2015, art. 2.8.4.1.1.), y (b) regla especial. “Las entidades territoriales adoptarán medidas equivalentes en sus organizaciones administrativas” (Decreto 1068, 2015, art. 2.8.4.1.2.).

(v) El párrafo 2 prevé, que la norma está regulando exclusivamente a aquellos contratos comprendidos en el concepto de “remuneración de servicios técnicos” desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, con independencia del presupuesto con cargo al cual se realice su pago.

Sin embargo, el Decreto 2467 de 2018, por medio del cual se liquidó el Presupuesto General para la vigencia 2019, desapareció la clasificación de gastos denominada “Servicios personales Indirectos” que desarrollaba el Decreto 2236 de 2017 y creó una nueva categoría o clasificación denominada “Adquisición de bienes y servicios” (situación que se replica en la Liquidación del Presupuesto Anual para la vigencia del 2020).

En razón de la mutación en comentario, la “Agencia Colombia Compra Eficiente”, mediante respuesta a la consulta # 4201913000005089 de 2019, sostiene que la disposición bajo análisis (art. 2.8.4.4.6. del Decreto 1068 de 2015), NO es actualmente aplicable, pues la misma se circunscribía a regular la “remuneración de servicios técnicos” desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación, y que el Decreto 2467 de 2018 desapareció dicha clasificación de gasto, por lo tanto, por sustracción de materia ya no tendría aplicación.

Sobre el particular, la Agencia Nacional de Contratación Pública, concluye lo siguiente:

Dicha categoría de gasto estuvo vigente hasta el año 2018, ya que el Decreto de Liquidación vigente y aplicable en el 2019 la suprimió, razón por la cual es posible concluir que los contratos de prestación de servicios, que de conformidad con la ley tuvieron límite para la fijación de honorarios, fueron aquellos regulados por el artículo 2.8.4.4.6 del Decreto 1068 de 2015, hasta la vigencia 2018. (Agencia Nacional de Contratación Pública, 2019)

Sin embargo, no se comparte la postura jurídica de “Colombia Compra Eficiente” por las razones que siguen:

(i) Aplica una interpretación extremadamente exegética del párrafo 2 del

decreto 1068 de 2015, en punto de lo que se entiende por “remuneración de servicios técnicos”, desarrollado en el decreto de liquidación del presupuesto general de la Nación; pues si bien es cierto que desde el decreto 2467 de 2018 se desaparece el nomen presupuestal “remuneración de servicios técnicos”, no es menos cierto, que su contenido sustancial se puede entender subsumido en la nueva categoría de gasto denominada “Adquisición de bienes y servicios” la cual define la misma norma como “gastos asociados a la compra de bienes y a la contratación de servicios, suministrados por personas naturales o jurídicas, que son necesarios para el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución Política y la ley al órgano del PGN.”

Atendiendo el telos de las normas de austeridad analizadas ut supra (art. 4 del decreto 1737 de 1998; art. 4 del decreto 2209 de 1998 y artículo 11 del decreto 2785 de 2011), se puede colegir que con respecto a la categoría “Adquisición de bienes y servicios”, solo estaría cobijada por esta restricción, lo correspondiente a “servicios personales”, dejando por fuera de la misma lo correspondiente a la compra de bienes.

Una conclusión como la que presenta la Agencia, está dando prelación a las “formas” (denominación de la glosa presupuestal) sobre la “sustancia” (el fin de austeridad y control del gasto público), hecho que configura un exceso ritual manifiesto.

(ii) Las normas de austeridad y eficiencia del gasto público en cita, tienen una teleología que resulta perfectamente compatible con principios constitucionales y legales tales como la defensa del patrimonio público, la moralidad administrativa, la eficiencia en el manejo del gasto, el interés público superlativo, etc.; por lo tanto, tienen una vocación finalista y de permanencia, a contrario sensu, los decretos de liquidación del presupuesto general de la Nación se expiden anualmente y representan instrumentos de técnica presupuestal más que normas reguladoras de los fundamentales de presupuesto o hacienda pública.

En consecuencia, un simple cambio de denominación en el “nomen de la glosa presupuestal”, no afecta el contenido de la restricción, pues si bien es cierto que las prohibiciones deben ser interpretadas de manera restrictiva, también es igual de cierto que los “servicios personales calificados con personas naturales, o jurídicas, encaminados a la prestación de servicios en forma continua para atender asuntos propios de la respectiva entidad”, siguen contemplados en el presupuesto general de la Nación, solo que la categoría de ubicación cambió de “remuneración de servicios técnicos” a una más genérica “adquisición de bienes o servicios”, pero como se indicó, una hermenéutica sistemática y razonable permite distinguir con facilidad lo que entraría en el margen de la restricción.

En mérito de lo expuesto, considero que la prohibición contenida en el artículo 2.8.4.4.6. del decreto 1068 de 2015 continua vigente y su alcance hermenéutico es el descrito en las razones que anteceden a esta conclusión.

2.1.3. Precios artificialmente bajos imbricados en las ofertas de compra pública.

A pesar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la renuncia a la utilidad es un derecho del contratista²⁰, no es menos cierto, que las ofertas que se realicen sustrayendo la utilidad del precio final, o aquellas que son proyectadas con pérdidas económicas²¹ para el contratista, pueden de entrada (input) crear condiciones que violan la paridad prestacional en las cargas recíprocas, afectando así la ecuación contractual, y aumentando la probabilidad de ocurrencia de los riesgos contractuales directos tales como (i) incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, (ii) mala calidad del servicio, (iii) mala calidad o inestabilidad de la obra, (iv) mala calidad o incorrecto funcionamiento de los bienes suministrados, etc.; dependiendo el tipo de contrato que se haya celebrado (output).

Por lo tanto, es necesario que las entidades contratantes realicen un juicioso estudio de las propuestas (apoyados en el estudio del sector económico), con el fin de establecer ex -ante, la posible presencia de un precio artificialmente bajo, es decir, aquel que:

Resulta artificioso o falso, disimulado, muy reducido o disminuido, pero además que no encuentre sustentación o fundamento alguno en su estructuración dentro del tráfico comercial en el cual se desarrolla el negocio, es decir, que dicho precio no pueda ser justificado, por tanto, la Administración estaría imposibilitada para admitirlo, so pena de incurrir en violación de los principios de transparencia, equilibrio, responsabilidad e imparcialidad que gobiernan la actividad contractual del Estado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-2000-01-205-01 (27883), 2014)

Lo anterior no significa, que un proponente no pueda ofertar con un precio que se encuentre notoriamente por debajo de la media estimada, ya que puede tener un plus de competitividad (por ejemplo, (i) ser importador directo del bien a suministrar, (ii) contar con un stock previo de los bienes requeridos, (iii) tener una tecnología que le permita producir a menor costo que a su competencia, (iv) ser dueño de un know - how que optimice su producción, (v) tener una operación a

²⁰ Ver: (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077), 2012); (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 1999-01452/41186, 2018)

²¹ Pues como fue anotado puede darse que el contratista solo pretenda una "utilidad inmaterial".

economías de escala, etc.), y con base en las referidas ventajas legítimas de mercado, puede hacer una propuesta mucho más económica que los demás participantes; hecho que de ninguna forma puede reprobarse, siempre y cuando su oferta esté soportada con la evidencia económica, técnica, operativa y/o financiera que la haga viable y eficiente.

De lo anotado se puede establecer, que no es lo mismo un precio “bajo” que uno “artificialmente bajo”; pues el primero, puede tener soporte y considerarse un plus de competitividad, lo cual no transgrede ningún canon normativo, por el contrario; el segundo, no cuenta con justificación económica ni técnica que permita explicar las fuentes de su estimación.

Cabe resaltar, que respecto al “precio artificialmente bajo”, Dávila (2016) afirma que:

El precio artificialmente bajo, se trata entonces, de situaciones en que el precio fijado no tiene ninguna lógica ni sustento o es risible por lo exiguo y ridículo. No es el caso de un precio bajo en que a pesar de lo reducido es posible encontrarlo y justificarlo en un tráfico comercial determinado. Frente a este último caso, el ordenamiento no tiene reparo alguno y, por tanto, no genera ningún tipo de responsabilidad. (pp. 344-345).

En consecuencia, la entidad contratante frente a las dudas que pueda llegar a tener respecto del precio ofertado, deberá requerir al oferente para que justifique las razones de su propuesta, y en caso de considerarlas razonables por tratarse de un “precio bajo”, continuará con su evaluación; en caso contrario, el comité evaluador recomendará su rechazo por tratarse de ser un precio “artificialmente bajo”.

Sobre este particular decreto 1082 de 2015, a través de su articulado establece lo siguiente:

Si de acuerdo con la información obtenida por la Entidad Estatal en su deber de análisis de que trata el artículo 2.2.1.1.1.6.1 del presente decreto, el valor de una oferta parece artificialmente bajo, la Entidad Estatal debe requerir al oferente para que explique las razones que sustentan el valor ofrecido. Analizadas las explicaciones, el comité evaluador de que trata el artículo anterior, o quien haga la evaluación de las ofertas, debe recomendar rechazar la oferta o continuar con el análisis de la misma en la evaluación de las ofertas. Cuando el valor de la oferta sobre la cual la Entidad Estatal tuvo dudas sobre su valor, responde a circunstancias objetivas del oferente y de su oferta que no

ponen en riesgo el cumplimiento del contrato si este es adjudicado a tal oferta, la Entidad Estatal debe continuar con su análisis en el proceso de evaluación de ofertas. En la subasta inversa esta disposición es aplicable sobre el precio obtenido al final de la misma. (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.2.4.)

Con el objetivo de establecer unos parámetros orientadores sobre el tema bajo examen, se debe tener presente:

- (i) Algunos conceptos básicos de estadística, a saber:

Tabla 3.

Conceptos básicos de la estadística

Media	Media Podada	Mediana	Moda
Promedio Aritmético	Promedio aritmético posterior para eliminar un "n" número de datos extremos.	La de la Mitad.	La Repetida.

Nota. Fuente: Propia, con base en información de la guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas de la Agencia Colombia Compra Eficiente (2020)

Tabla 4.

Elementos oferta

Varianza	Desviación Estándar	Oferta Mínima Aceptable
(oferta – promedio de las ofertas) ² / número de ofertas.	√ de varianza.	Mediana – Desviación Estándar. Para evitar precios artificialmente bajos.

Nota. Fuente: Propia, con base en información de la guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas de la Agencia Colombia Compra Eficiente (2020)

(ii) Una metodología de análisis. Se recomienda utilizar la elaborada por la Agencia Colombia Compra Eficiente, en la “guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas”, respecto de la cual se transcribe a continuación los principales pasos en ella propuestos para ejecutar dicho examen²²:

²² Se aclara que la información se transcribe conforme se encuentra en la guía en las páginas 4 a la 6, pero se le da para el presente libro una organización a través de datos identificadores y por medio del cuadro explicativo.

Tabla 5*Manejo de ofertas***Comparación Relativa**

En la comparación relativa la Entidad Estatal debe contrastar cada oferta con las demás ofertas presentadas. Estas herramientas suponen que las ofertas son independientes y competitivas. Por esto, la Entidad Estatal debe tener en cuenta la historia de colusión entre los proponentes o en el sector², antes de aplicar estas herramientas para identificar ofertas que pueden ser artificialmente bajas.

Colombia Compra Eficiente presenta la siguiente metodología como sugerencia para que las Entidades Estatales identifiquen la posibilidad de precios artificialmente bajos cuando hay más de 5 ofertas en un Proceso de Contratación. La Entidad Estatal puede:

1. Tomar el conjunto de ofertas a evaluar.
2. Calcular la mediana, o dependiendo de la dispersión de los datos el promedio, del valor de cada oferta o de cada ítem dentro de la oferta.
3. Calcular la desviación estándar del conjunto.
4. Determinar el valor mínimo aceptable para la Entidad Estatal de acuerdo con la metodología explicada a continuación.

Para calcular la mediana, la Entidad Estatal debe ordenar los valores de mayor a menor y tomar el valor de la oferta en la mitad de la lista. Si el número de ofertas es par, debe tomar los dos valores de la mitad, sumarlos y dividirlos en dos.

La desviación estándar es el resultado de aplicar la siguiente fórmula:

Desviación estándar:

$$\sigma = \sqrt{\sum_{i=1}^n (\text{Valor de la oferta} - \text{Promedio de los valores de las ofertas})^2 / n}$$

Donde n es el número de ofertas.

El valor mínimo aceptable es igual a la mediana menos una (1) desviación estándar:

Valor Mínimo Aceptable = Mediana - Desviación Estándar

La Entidad Estatal puede fijar un valor mínimo aceptable distinto de acuerdo con la información que tenga disponible y dependiendo de los datos que esté analizando. La Entidad Estatal puede identificar como posibles ofertas artificialmente bajas a todas las ofertas que cuenten con valores por debajo del valor mínimo aceptable. La Entidad Estatal debe incorporar en la resolución de adjudicación una explicación detallada y completa de la metodología que utilizó para identificar posibles ofertas artificialmente bajas en el Proceso de Contratación. En los eventos en que el proceso de selección de contratista no contemple resolución de adjudicación, como en un proceso de mínima cuantía, la Entidad Estatal realizará esa explicación antes de aceptar la oferta más favorable.

Nota. Nota. Datos obtenidos de Guía para el manejo de ofertas artificialmente bajas en Procesos de Contratación (2020, pp. 4-6).

Del rigor con que las entidades contratantes realicen el estudio de los potenciales precios artificialmente bajos, dependerá en gran medida evitar futuros inconvenientes derivados en el incumplimiento contractual y/o reclamaciones sobre reajuste de precios presentadas por los contratistas. Así mismo, se previenen prácticas derivadas de la colusión contractual.

² Las Entidades Estatales pueden seguir los lineamientos de: Guía Práctica para combatir la Colusión en las licitaciones (2007).

2.1.4. Precio y Oferta más favorable.

En desarrollo del principio de transparencia²³, el inciso 1 del artículo 2.2.1.1.2.2.2. del decreto 1082 de 2015, establece que la entidad estatal debe determinar la oferta más favorable teniendo en cuenta las normas aplicables a cada modalidad de selección²⁴.

A su vez, el artículo 5 de la ley 80 de 1993, estipula que es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Por tanto, es menester revisar los diferentes mecanismos selectivos para extraer de cada uno de ellos, las principales reglas que gobiernan la escogencia de la oferta que más favorece el interés público (como finalidad in genere), y el de la entidad contratante (como teleología particular).

2.1.4.1. Mínima Cuantía.

Esta modalidad de selección de conformidad con la normatividad vigente en la materia²⁵, se aplica a la contratación cuyo precio no exceda del 10% de la menor cuantía de la entidad contratante, con independencia de su objeto.

Si concurren para el proceso de contratación, causales de contratación directa y de mínima cuantía, prevalecerá el primer mecanismo en virtud de la especificidad de su objeto.

A esta conclusión arribó la Corte Constitucional bajo la siguiente línea hermenéutica:

En lo que interesa al presente caso, la concurrencia de causales de contratación directa con la selección de mínima cuantía, el primer decreto reglamentario del procedimiento de selección de mínima cuantía resolvió el asunto en los siguientes términos: *“Las previsiones del presente decreto no serán aplicables cuando la contratación se deba adelantar en aplicación de una causal de contratación directa, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 2º de la Ley 1150 de 2007”*. Esta regla fue reiterada por el Decreto 734

²³ Regulado por (Ley 80, 1993, art. 1) y (Ley 1150, 2007, art. 2)

²⁴ Esto no es excluyente con la posibilidad de que las partes puedan acordar los estándares sobre los cuáles determinarán la oferta más favorable en aquellos contratos que se celebren bajo el imperio de disposiciones especiales.

²⁵ (Ley 1150, 2007, art. 2), modificado por (Ley 1474, 2011, art. 94) y a su vez reglamentado por (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.1.5.1.-art. 2.2.1.2.1.5.4.)

de 2012, decreto único reglamentario que sistematizó las normas en la materia. A pesar de que dicho decreto fue derogado y, las posteriores reglamentaciones no reprodujeron dicha regla, estos antecedentes permitieron entender que la expresión aquí demandada: “independientemente de su objeto”, debía interpretarse sin perjuicio del análisis de procedencia de otros mecanismos especiales de selección de contratista. Así, la prevalencia del mecanismo de contratación directa, respecto del procedimiento de mínima cuantía, contrario a la interpretación adoptada por los demandantes, resulta justamente de los principios de la función administrativa (artículo 209 de la Constitución Política). De esta manera, resultaría justamente contrario a los principios de eficiencia y eficacia administrativa que, por ejemplo, la contratación directa por la causal de urgencia manifiesta, debiera ser sometida al procedimiento de invitación a ofrecer propio de la contratación de mínima cuantía, lo que pondría en riesgo la posibilidad de afrontar la emergencia de manera eficiente y eficaz. También, en otras hipótesis de contratación directa, el legislador tomó en consideración la necesidad de celebrar el contrato con determinada persona, por ejemplo, en materia de actividades artísticas, o la especialidad y necesidad de confianza en cuanto al objeto, como en el caso de la contratación de bienes para la defensa y seguridad nacional. Esto quiere decir que una interpretación sistemática del Estatuto de Contratación Estatal, permite concluir que la expresión “independientemente de su objeto”, no determina el recurso ciego a la contratación de mínima cuantía, cuando se configura una causal de contratación directa, la que, en todo caso, debe respetar los principios de la contratación estatal. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-004, 2017).

El tipo de cuantía, se establece conforme al presupuesto anual de cada entidad, de acuerdo con las reglas previstas en el literal b) del numeral 2 del artículo 2 de la ley 80 de 1993, así:

Tabla 6.
Presupuesto anual estatal entidades territoriales

Presupuesto anual estatal de la entidad (smlmv)	Menor Cuantía (smlmv)	Mínima Cuantía (smlmv)
Superior o igual a 1.200.000	1.000	100
Entre 850.000 y 1.200.000	850	85
Entre 400.000 y 850.000	650	65
Entre 120.000 y 400.000	450	45
Menos de 120.000	280	28

Nota. Fuente: propia

La regla imperante para la determinación de la oferta más favorable en el proceso de selección de mínima cuantía es aquella que tenga el menor precio del mercado, siempre y cuando cumpla con los requisitos previstos en los estudios previos²⁶. En caso de empate, la entidad aceptará la oferta que haya sido presentada primero en el tiempo.

2.1.4.2. Concurso de méritos.

El concurso de méritos, se utiliza para contratar la prestación de servicios de consultoría de que trata el numeral 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión); y para los proyectos de arquitectura (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.1.3.1.).

Para la contratación de estos consultores, existen dos reglas de escogencia de la oferta más favorable, las cuales, de conformidad con el estatuto normativo son:

- (i) Primera Regla. La oferta más idónea, de acuerdo con el cumplimiento de las formas propias del proceso de concurso de méritos, ya sea abierto o con precalificación.

Aunque no existe una definición normativa en el estatuto general de contratación de lo que se entiende in stricto por “idoneidad”, dicho concepto puede decantarse de forma derivada de los propósitos mismos del mecanismo selección, en armonía con los principios que gobiernan la contratación estatal, (y haciendo uso de una hermenéutica sistemática), se puede colegir que la idoneidad es una condición o atributo que permite establecer a través de la formación, experiencia y productividad el grado de preparación, suficiencia y trayectoria exitosa con que cuenta una persona natural o jurídica (en consorcio o unión temporal), para proveer un determinado bien o servicio demandado por el Estado.

Sin embargo, existen algunas normas que regulan sectores o disposiciones especiales de contratación tales como el Decreto 092 de 2017 que, respecto de la contratación con entidades sin ánimo de lucro, establece en su artículo 3:

Reconocida idoneidad. La entidad sin ánimo de lucro es de reconocida idoneidad cuando es adecuada y apropiada para desarrollar las actividades que son objeto del Proceso de Contratación y cuenta con experiencia en el objeto

²⁶ Reglas establecidas en: (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.1.5.3)

a contratar. En consecuencia, el objeto estatutario de la entidad sin ánimo de lucro le debe permitir a esta desarrollar el objeto del Proceso de Contratación que adelantará la Entidad Estatal del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal. (Decreto 92, 2017, art. 3)

Conforme a la referida aproximación conceptual, la idoneidad se encuentra esencialmente determinada por los siguientes estándares:

Tabla 7

Estándares de formación, experiencia y productividad

Formación	Experiencia	Productividad
Estándar de idoneidad representado en la preparación académica y certificado por una institución vigilada por el Ministerio de Educación.	Condición de la idoneidad que representa el conocimiento que se adquiere con el contacto y desarrollo directo de la labor, profesión u oficio.	Criterio que se encuentra asociado a la forma como se exterioriza la idoneidad, representado en instrumentos de creación y/o generación de conocimiento, tales como: Patentes, modelos de utilidad, libros, capítulos de libro, artículos indexados, documentos de consultoría, etc.
En caso de que los estudios se hayan cursado en el exterior, deberá someterse al procedimiento administrativo de convalidación de títulos, que se adelanta ante el Ministerio de Educación Nacional.	Con desfortuna, (y ante la ausencia de una reglamentación legal específica para la contratación pública), la experiencia se mide o asocia con el “paso del tiempo” en el ejercicio de un oficio, labor o profesión; sin embargo, al solo paso del tiempo se le llama “vejez” y esta no traduce per se el estándar de idoneidad pretendido; razón por la cual, en el escenario de lo ideal, se debería diseñar y realizar pruebas de competencia para evidenciar que el “paso del tiempo” sí se traduzca en un real conocimiento adquirido por la práctica. Sin embargo, no se cuenta en Colombia con la infraestructura operativa instalada y talento humano suficiente y especializado para que de forma externa y objetiva se pudieran realizar las referidas pruebas de competencia para todo proceso contractual; por tanto, en su “reemplazo”, se acude a la exigencia de documental u otros requerimientos para probar con mayor grado de concreción la experiencia, tales como: el aporte de contratos ejecutados en el pasado, certificaciones de ejercicio profesional, certificados de eficiencia empresarial, etc.	
Los grados de formación pueden ser:		
Post-Doctorado Doctorado Maestría Especialización Profesional Tecnólogo Técnico Bachiller Primaria	La experiencia debe obedecer a las necesidades propias a solventar con la compra pública, por ejemplo, puede para ciertos tipos de contrato, exigirse que sea laboral o profesional, y ésta última, pedirse que sea general, relacionada o específica ² .	

Nota. Fuente: Propia

² Debe señalarse en los estudios previos y/o pliegos de condiciones a partir de cuándo se comienza a contar dicha experiencia (obtención del título, expedición de la tarjeta profesional o del Copnia, etc.), pues si no se especifica, por regla general y subsidiaria, se contará a partir de la terminación de materias excepto que la ley exija título de idoneidad (Decreto 19, 2012).

(ii) Segunda regla. La oferta de menor precio; en aquellos casos en que la contratación de consultores no supere el 10% de la menor cuantía, debe aplicarse el procedimiento de selección establecido para la contratación de mínima cuantía.

Así lo estableció la Corte Constitucional en la citada sentencia C-004 de 2017:

Por el contrario, respecto del concurso de méritos, la contratación de mínima cuantía sí prevalece, ya que la especificidad del objeto a contratar mediante el concurso, no es suficiente para excluir la contratación de mínima cuantía, cuando el monto de la contratación no supere dicha cuantía. Esto quiere decir que el criterio relativo a la cuantía es subsidiario y se excluye cuando exista una causal específica, relativa al objeto, lo que no ocurre en el caso del concurso de méritos. Por esta razón, la selección de consultores o de proyectos, deberá realizarse, según la cuantía, mediante contratación de mínima cuantía o mediante un concurso de méritos, en aplicación del principio de economía. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-004, 2017)

2.1.4.3. Contratación Directa.

Esta modalidad de selección²⁷ tiene varias reglas para la escogencia de la oferta más favorable, y aunque no están taxativas o explícitas en el estatuto contractual, pueden decantarse razonablemente de conformidad con la naturaleza de cada causal de contratación directa que se configure (artículos 2.2.1.2.1.4.2 al 2.2.1.2.1.4.11 del decreto 1082 de 2015), las cuales se exponen en el siguiente cuadro:

Tabla 8

Estándares de formación, experiencia y productividad

Reglas para la determinación de la oferta más favorable	Causales de Contratación Directa
Especificidad del Objeto para contratar	(i) Declaración de urgencia manifiesta. (ii) Contratación de Bienes y Servicios en el Sector Defensa. Para la Dirección Nacional de Inteligencia que requieran reserva para su adquisición. (causal establecida en el artículo 125 de la ley 1753 de 2015). (iii) Contratación para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas.
Proveedor exclusivo	Contratación directa cuando no exista pluralidad de oferentes.
Idoneidad del proponente	Contratos de (i) prestación de servicios profesionales, (ii) de apoyo a la gestión, o (iii) para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales.
Tipo de contrato a celebrar	(i) Adquisición de bienes inmuebles. (ii) Contratación de Empréstitos. (iii) Convenios o contratos interadministrativos (iv) Arrendamiento de bienes inmuebles.

Nota. Fuente: Propia

²⁷ Reglamentada por: (Ley 1150, 2017, art. 2) y (Decreto 1069, 2015, art. 2.2.1.2.1.4.2)

2.1.4.4. Licitación Pública y Selección Abreviada.

En primer lugar, la licitación pública, se establece como la regla general para la escogencia de los contratistas del Estado (es decir que, en ausencia de causales para aplicar otra modalidad, se aplicará la licitación pública como mecanismo selectivo) y se encuentra regulada en Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015.

En cuanto a la selección abreviada, esta opera bajo las siguientes causales:

- (i) Adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes.
 - (ii) Contratación de menor cuantía.
 - (iii) Contratos de prestación de servicios de salud
 - (iv) Contratación cuyo proceso de licitación fue declarado desierto,
 - (v) Adquisición de productos de origen o destinación agropecuaria.
 - (vi) Contratación de empresas industriales y comerciales del Estado.
 - (vii) Contratación de entidades estatales dedicadas a la protección de derechos humanos y población con alto grado de vulnerabilidad.
 - (viii) Adquisición de bienes y servicios para la defensa y seguridad nacional.
- (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.1.2.1.- 2.2.1.2.1.2.26)

Aunque estas dos modalidades de selección independientes atienden a objetos y procedimientos disímiles, comparten las reglas sobre las cuáles se establece la forma para la escogencia de la oferta más favorable, las cuáles de conformidad con el artículo 2.2.1.1.2.2.2. del decreto 1082 de 2015 son:

2.1.4.4.1. La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas

Con respecto al uso o proyección de fórmulas como mecanismo de coadyuvancia en la escogencia de la oferta más favorable, se pueden distinguir tres “medias” cuya notación es la siguiente:

Tabla 9.
Determinación de oferta con base en la media

Media Aritmética	Media Geométrica	Media Armónica
$a+b/2$	\sqrt{axb} para 2 ofertas.	$2ab/a+b$ para 2 ofertas
	Con 3 sería raíz cúbica (3) del producto de las 3 ofertas y así sucesivamente.	Para más de 2 ofertas: $N/ 1/oferta 1 + 1/oferta2 + 1/oferta 3 ...$

Nota. Datos tomados de (Ley 1082, 2015).

En la licitación pública, las referidas fórmulas serán sorteadas en la audiencia de adjudicación a través del mecanismo aleatorio que la entidad haya establecido para tal efecto, antes de la apertura del sobre económico. Al respecto prevé la ley 1882 de 2018:

Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación, las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad. (Ley 1882, 2018, art. 1).

2.1.4.4.2. La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio.

Establece el artículo 2.2.1.1.2.2.2. del decreto 1082 de 2015 (inciso 3), que cuando la entidad estatal decide determinar la oferta a través de este mecanismo ponderativo, deberá señalar en los pliegos:

- (i) Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta.
- (ii) Las condiciones técnicas adicionales que representan ventajas de calidad o de funcionamiento, tales como el uso de tecnología o materiales que generen mayor eficiencia, rendimiento o duración del bien, obra o servicio.
- (iii) Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas en términos de economía, eficiencia y eficacia, que puedan ser valoradas en dinero, como por ejemplo la forma de pago, descuentos por adjudicación de varios lotes, descuentos por variaciones en programas de entregas, mayor garantía del bien o servicio respecto de la mínima requerida, impacto económico sobre las condiciones existentes de la Entidad Estatal relacionadas con el objeto a contratar, mayor asunción de los Riesgos, servicios o bienes adicionales y que representen un mayor grado de satisfacción para la entidad, entre otras.
- (iv) El valor en dinero que la Entidad Estatal asigna a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, para permitir la ponderación de las ofertas presentadas. (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.2.2.)

Una vez recibidas cada una de las ofertas, la entidad debe realizar el cálculo de la relación costo-beneficio así²⁸:

CB: Pto – Vm

Donde:

CB: Es la relación costo – beneficio para la oferta que se está calculando.

Pto: Es el precio total ofrecido

Vm: Valores monetarios asignados a cada una de las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas.

Por lo tanto, la mejor relación costo-beneficio para la Entidad Estatal es la oferta que, una vez aplicada la metodología anterior, tenga el resultado más bajo. La Entidad Estatal debe adjudicar al oferente que presentó la oferta con la mejor relación costo-beneficio y suscribir el contrato por el precio total ofrecido.

Como pudo advertirse a lo largo del presente acápite, las reglas que determinan la escogencia de la oferta más favorable dependen de la modalidad de selección que deba adelantarse de acuerdo con el objeto, cuantía y tipo de contrato a celebrar, estableciendo condiciones que permite (por lo menos desde el plano formal) que las entidades estatales elijan a los mejores contratistas para adelantar las obras, bienes y servicios que demandan, cumpliendo así con la finalidad de la compra pública.

No obstante, a pesar de las estipulaciones establecidas en el estatuto de contratación y reafirmadas por la jurisprudencia²⁹, cuando se establece la regla de menor precio para determinar la oferta más favorable (aplicable a varias modalidades de selección como fue descrito ut supra), se podría estar eventualmente dejando de lado, (i) ofertas que nominalmente tienen un mayor precio que otras, pero poseen una mejor calidad, durabilidad o condiciones técnicas muy superiores a las exigidas como criterios mínimos en los estudios previos y/o pliego de condiciones (tratándose de la compra de bienes), u (ii) ofertas que tienen una mayor idoneidad debido a las condiciones de formación, experiencia y productividad del proponente y que razonablemente reportarían una mejor calidad en la ejecución de las obligaciones (para el caso del servicio de consultoría), pero que no serían las seleccionadas porque la regla subordina materialmente los potenciales beneficios de una mejor calidad de bienes o idoneidad del consultor, a la condición de menor precio (solo por tratarse de una adquisición que no supera el 10% de la menor cuantía), reemplazando una “compra eficiente” por una “compra barata” que no son necesariamente sinónimas o equivalentes.

²⁸ Fórmula de fuente propia con base en lo regulado en el decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.2.2

²⁹ Principalmente en las reglas ratio decidendi fijadas en: (Corte Constitucional, Sala Plena, C-004, 2017).

2.2. Las obligaciones contractuales.

Las obligaciones asumidas por las partes integran de forma inescindible el objeto del contrato, pues definen la naturaleza, características y alcance del negocio jurídico. Es por esto, que las obligaciones contractuales se constituyen en el segundo elemento sobre el cual se construye la ecuación o equilibrio contractual, ya que, junto con el precio, son la esencia del sinalagma, es decir, el fundamento de las prestaciones recíprocas.

El grado de concreción y detalle con que se construyan las obligaciones, permite a las partes tener absoluta claridad sobre los derechos y responsabilidades de cada extremo de la relación, al punto que el contenido obligacional, será el epicentro sobre el que se realiza la imputación de incumplimiento contractual.

Bajo el contexto referido, se presenta de forma sucinta, algunos aspectos contentivos de las obligaciones contractuales desde un ámbito general, y posteriormente, se aborda la construcción y elementos que integran la especificidad obligacional.

2.2.1. Obligaciones generales.

Suelen adscribirse a esta categoría aquellas obligaciones que, de forma amplia, circunscriben el negocio jurídico al cumplimiento de un marco general de sujeción respecto de las prestaciones contenidas en el contrato.

La Agencia “Colombia Compra Eficiente” ha desarrollado unos formatos de “contratos tipo”, en los cuales propone la proyección de unas obligaciones genéricas, tanto para la entidad contratante como para el contratista.

A título de ejemplo, se tomará como referencia las obligaciones generales contenidas en los “contratos tipo” de obra, prestación de servicios profesionales, consultoría y suministro, solo a efecto de ilustrar algunas de las posibilidades de construcción de dichas obligaciones:

2.2.1.1. Obligaciones Generales de la Entidad Contratante

De acuerdo con Colombia Compra Eficiente, las obligaciones que residen en cabeza de la entidad contratante son las siguientes:

- (i) Ejercer el respectivo control en el cumplimiento del objeto del contrato y

expedir el recibo de cumplimiento a satisfacción.

(ii) Pagar el valor del contrato de acuerdo con los términos establecidos.

(iii) Prestar su colaboración para el cumplimiento de las obligaciones del Contratista.

(iv) Solicitar por escrito al Contratista el reemplazo de los [bienes o servicios] objeto de suministro, cuando estos presenten defectos de calidad o funcionamiento, o cuando no cumplan con las especificaciones y/o condiciones técnicas exigidas en los Documentos del Proceso. (para el contrato de suministro).

(v) En el caso del contrato de suministro, permitir la visita del Contratista a sus instalaciones cuando el objeto del contrato de suministro así lo requiera. (Colombia Compra eficiente, 2016, p. 7)

En este punto, conviene profundizar en lo concerniente al pago del Contrato, toda vez que, para el Consejo de Estado la falta de pago, por parte de la entidad estatal contratante se enmarca en el campo del incumplimiento del contrato y no en el del rompimiento de su equilibrio económico, pese a lo indicado en el inciso segundo del numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 de 1993 que señala que es derecho de los contratistas recibir de manera oportuna la remuneración que se pactó (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 19001-23-31-000-2002-00477-01 (38935), 2018).

Por otra parte, también se establece como obligación “acoger y ejecutar respecto del Contratista las directrices y lineamientos sobre la ejecución, seguimiento y monitoreo del Contrato que defina” (Colombia Compra eficiente, 2015, p.7). Cabe resaltar, que en caso de que se trate de un Contrato de obra pública, debe indicarse la entidad estatal.

2.2.1.2. Obligaciones generales del contratista.

Siguiendo las guías de “contratos tipo” en referencia, las principales obligaciones generales a cargo de los contratistas en los contratos de obra, prestación de servicios profesionales, consultoría y suministro son:

Tabla 10.*Obligaciones adquiridas en un contrato*

Contrato de Obra

1. Ejecutar el contrato, de acuerdo con las condiciones establecidas dentro del mismo, teniendo en cuenta el pliego de condiciones, así como el soporte técnico. 2. Hacer entrega del cronograma bajo el cual se ejecutará el contrato, ya que, constituye el anexo 2 del contrato. 3. En caso de requerimiento por parte de la Entidad que funge como contratante, el contratista debe prestar la colaboración necesaria. 4. El contratista tiene la obligación de garantizar que bienes y servicios que se presten, cuenten con la calidad que se requiere, de conformidad con el pliego de condiciones, el anexo técnico y la oferta presentada. 5. Informar a la entidad contratante respecto a cualquier reclamación que incida de manera directa o indirecta, sobre las obligaciones que surgen de la relación contractual, o sobre el objeto del contrato. 6. Comunicar a la Entidad contratante respecto a circunstancias jurídicas, políticas, económicas, sociales y demás que puedan afectar el cumplimiento del contrato. 7. Elaborar y presentar las Actas referentes a la obra a la entidad contratante, las cuales deben estar aprobadas previamente por el interventor o supervisor del contrato respectivo. 8. Cumplir con la responsabilidad social que le corresponde a la empresa, así como proteger el medio ambiente, de acuerdo con las normas establecidas para tal fin. 9. Incluir cualquier obligación que la entidad contratante considere pertinente. 10. Permitir que la Entidad Estatal que actúa como contratante, defina los lineamientos requeridos para ejecutar el contrato, además cumplir con dichos lineamientos y permitir que la entidad lleve a cabo la vigilancia y seguimiento necesarios para cumplir con el objeto del contrato (Colombia Compra eficiente, 2015).

Contrato de Prestación de servicios profesionales

1. Llevar a cabo el cumplimiento del contrato, de acuerdo con las condiciones de oportunidad y calidad definidas en el contrato, además de las obligaciones incluidas dentro del mismo. Cabe resaltar, que debe tenerse en cuenta el Anexo Técnico en ciertos casos. 2. El contratista debe responder por las herramientas, insumos, implementación, dotación e inventarios suministrados por el contratante, con el fin de ejecutar la obra. De esta forma, el coordinador o contratista debe responder por ellos, por ende, autoriza que en caso de que se pierdan injustificadamente, se descuente su valor de los honorarios, de manera automática (Colombia Compra eficiente, 2015).

Contrato de Consultoría

1. Cumplir con el objeto del contrato, de conformidad con las condiciones de calidad establecidas dentro del mismo e incluir el anexo técnico si es necesario. 2. El contratista debe responder por todos los insumos y herramientas suministrados por el contratante, para la ejecución del contrato. Por consiguiente, en caso de extravío de los mismos, el coordinador o contratista encargados de estas herramientas debe autorizar el descuento automático del valor de estas de los honorarios pactados. 3. Contratar al personal suficiente para ejecutar el contrato. 4. Mantener al personal indicado en la oferta, por tal razón, ante el cambio de cualquiera de los miembros del equipo de trabajo, se debe solicitar autorización previa del supervisor del contrato. Además, la persona solo puede reemplazarse por otra de un perfil igual o superior. 5. Prestar asistencia a la Entidad contratista, en cuanto al análisis de demandas, reclamaciones y solicitudes que se presentan por parte de trabajadores, propietarios, autoridades y demás personas, como consecuencia de la ejecución del contrato. 6. Dar cumplimiento a la normatividad vigente que existe en materia ambiental, seguridad industrial, urbanismo, seguridad social y parafiscales. 7. Realizar el respectivo control del archivo de la consultoría referente al contrato. 8. Comunicar a la entidad contratante respecto al cambio del consultor del contrato. 9. Informar a la entidad contratante acerca de cualquier reclamación que se presente de forma directa o indirecta, ya que, puede afectar la ejecución del contrato (Colombia Compra eficiente, 2016).

Contrato de Suministro

1. Entregar los bienes y/o servicios pactados en el contrato de suministrado, de acuerdo con el plazo estipulado dentro del contrato. 2. Dar cumplimiento a las condiciones establecidas en el contrato, según el pliego de condiciones. 3. Cumplir la normatividad técnica relativa a los bienes o servicios objeto del contrato. 4. Garantizar el adecuado funcionamiento de los bienes suministrados o los servicios prestados. 5. Reemplazar los bienes o servicios, en caso d que presenten defectos en cuanto su funcionamiento. 6. Responder las solicitudes, reclamos y consultas que presente la entidad contratante, de manera oportuna. 6. Informar a la entidad respecto a cualquier cambio de la empresa, ya sea de nombre, reorganización o fusión empresarial. 8. Cumplir las obligaciones que surjan con posterioridad a la liquidación del contrato. 9. Cumplir las obligaciones relativas al sistema de seguridad social. 10. Responder por el material suministrado por parte de la entidad contratante, tales como herramientas, insumos o dotación. En consecuencia, ante la pérdida injustificada de alguno de los mismos, el coordinador de la obra, o quien esté a cargo, deberá autorizar el descuento automático del valor de los materiales, de los honorarios pactados en el contrato (Colombia Compra Eficiente, 2016).

Como puede advertirse, las obligaciones generales se constituyen en parámetros que regulan y/o condicionan el negocio jurídico al cumplimiento de unos aspectos marco que deben ser atendidos por las partes como estándares mínimos de la carga negocial; sin embargo, ello no es óbice para que en ejercicio de la autonomía de la voluntad que les asiste a los co-contratantes, no puedan incluir o detallar otros aspectos, derivando su alcance al contenido de anexos técnicos contentivos en los estudios previos y/o pliegos de condiciones, los cuales hacen parte integral del corpus contractual.

En adición, dentro de las obligaciones generales se entienden incorporadas aquellas de naturaleza normativa, tales como (i) el mantenimiento de la ecuación contractual³⁰, (ii) actuar conforme a los principios generales que gobiernan la relación contractual –transparencia, economía, responsabilidad-³¹, (iii) velar por la calidad del contrato³², (iv) colaborar con la ejecución del contrato³³, (v) ejecutar las obligaciones con lealtad y buena fe contractual³⁴, entre otras.

2.2.2. Obligaciones Específicas.

Son aquellas que definen el detalle y contenido material del sinalagma contractual, y por lo tanto, sobre las que potencialmente recaería el juicio o imputación de incumplimiento.

³⁰ (Ley 80, 1993, art. 4), (Ley 80, 1993, art. 5) y (Ley 80, 1993, art. 27).

³¹ (Ley 80, 1993, art. 24-26)

³² (Ley 80, 1993, art. 4-5)

³³ (Ley 80, 1993, art. 5)

³⁴ (Const., 1991, art. 83) y (Código civil, 1873, art. 1603)

2.2.2.1. Elementos mínimos para la elaboración de obligaciones contractuales específicas.

Toda obligación específica debe tener un contenido y metodología para su construcción, de tal suerte que abarque en la medida de lo posible, la naturaleza y alcance de la prestación que se asume; solo así, el contrato será una verdadera ley para las partes y los conflictos que se puedan suscitar respecto de su ejecución, estarían resueltos por el mismo sinalagma. Por lo tanto, se propone como elementos mínimos de la obligación los siguientes:

2.2.3.1.1. Descripción.

La obligación debe redactarse lo más detallado posible, teniendo en cuenta su clasificación:

(a) Civil o natural: “Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas” (Código civil, 1873, art. 1527).

(b) Pura y simple o condicionada: La obligación simple se hace exigible desde el momento en que se pacta, mientras que la obligación condicionada, mientras que la obligación condicional depende del acontecimiento de un hecho futuro. En caso de que la condición consista en la ocurrencia de un hecho, se trata de una obligación positiva, contrario sensu de la obligación negativa, la cual consiste en el no acontecimiento de un suceso (Código Civil, 1873, art. 1530).

(c) Única o alternativa: La obligación única se refiere a la existencia de una sola prestación, por el contrario, la “obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras” (Código Civil, 1873, art. 1530).

(d) Concentrada o solidaria: De acuerdo con el Código Civil, la obligación solidaria significa que:

En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. (Código Civil, 1873, art. 1568)

(e) Divisible o indivisible: “La obligación es divisible o indivisible según tenga o no tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota” (Código Civil, 1873, art. 1581).

(f) Implica una prestación de dar, hacer o no hacer: “Las obligaciones de dar consisten en la entrega de un bien; las de hacer; en la ejecución de un hecho; y las de no hacer, en una abstención” (Castillo, 2014, p.212).

(g) De medio o resultado: Respecto a este tipo de obligaciones, autores como Wayar (1990) afirman que:

La obligación de medio es aquella en la cual el deudor solo promete el empleo diligente de medios aptos para normalmente obtener un resultado. En este caso, el deudor cumple con sólo emplear los medios prometidos, aunque no se logre lo deseado. En cambio, la obligación de resultado es aquella en la cual el deudor asume el deber de realizar una prestación específica, encaminada al logro de un resultado concreto, de suerte que el interés del acreedor queda satisfecho con la obtención de ese resultado. (pp. 126-127)

(h) De ejecución instantánea o tracto sucesivo: La obligación es de ejecución instantánea cuando se cumple a través de la ejecución de un solo acto o de varios que pueden llevarse a cabo en uno solo, en cambio, la obligación es de tracto sucesivo, cuando debe ejecutarse mediante el cumplimiento de prestaciones de forma continua, es decir, a través de diversos actos en el transcurso del tiempo.

A título de ejemplo, una obligación específica para un tipo de contrato cuyo objeto es la asesoría jurídica externa para la entidad estatal, podría ser:

“Proyectar por escrito y de forma personal e intransferible, los conceptos jurídicos solicitados por el ordenador de gasto, dentro de los 3 días hábiles siguientes a su solicitud; los cuales deberán ser radicados de forma física en la secretaría general de la entidad, o electrónica en el siguiente mail que para tal efecto se dispone (xxx). La referida obligación, deberá atender los indicadores de cumplimiento y calidad que se describen en el Anexo Técnico No.1 que hace parte integral de los estudios previos, sin que, por ello, el contratista pierda su independencia profesional y técnica en su ejecución”.

2.2.3.1.2. *Indicadores de cumplimiento.*

Algo característico de las obligaciones específicas, es que son determinadas y

determinables, por lo tanto, se dejan medir.

Crear estándares para la medición del cumplimiento de las obligaciones es indispensable para determinar en la práctica el grado de satisfacción de la misma, y concomitante a ello, el nivel de afectación respecto del objeto contractual.

Para el ejemplo de la obligación descrita ut supra, el Anexo Técnico referido en ella podría contener los siguientes indicadores de cumplimiento:

- (a) Número de conceptos solicitados / Número de conceptos rendidos.
- (b) Número de conceptos rendidos / Número de conceptos rendidos de forma personal por el contratista.
- (c) Número de conceptos rendidos / Número de conceptos rendidos y radicados por escrito.
- (d) Número de conceptos rendidos / Número de conceptos rendidos y radicados dentro del tiempo estimado para el cumplimiento.

Como cada uno de los indicadores referidos, arroja un nivel de cumplimiento expresado en porcentaje, y pueden ser analizados de forma individual y comparativa en su conjunto, esto permite estimar el nivel de satisfacción de conformidad con una gradación como la siguiente:

Tabla 11.

Análisis comparativo entre cumplimiento y satisfacción de un contrato

Nivel de Cumplimiento Agregado	Nivel de satisfacción de la obligación
100%	Óptimo
Entre el 80% al 99%	Satisfactorio
Entre el 60% al 79%	Medio
Entre el 40% al 59%	Insatisfactorio
Igual o inferior 39%	Deficiente

Nota. Fuente: Propia

De esta forma, puede determinarse si la obligación se cumplió a cabalidad o por el contrario se incurrió en un incumplimiento (i) total o parcial³⁵, o (ii) tardío o defectuoso³⁶.

³⁵ (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.3.1.7)

³⁶ (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.3.1.7)

2.2.3.1.3. Indicadores de calidad.

Puede ser que formalmente la obligación se haya ejecutado, honrando los criterios de cumplimiento descritos con anterioridad; sin embargo, eventualmente puede no haberse cumplido con la calidad esperada.

No puede confundirse cumplimiento con calidad, ya que el primero, circunscribe la obligación formalmente a un marco de ejecución; mientras que el segundo, urde en la satisfacción sustancial o material de la misma. Tan es así, que la norma exige una cobertura independiente para cada uno de estos criterios incorporados en las garantías frente a los riesgos contractuales directos (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.3.1.7).

Por lo tanto, además de los indicadores de cumplimiento, cada obligación debe contar con unos indicadores de calidad que permita establecer si ésta fue ejecutada de forma óptima o deficiente.

En punto del ejemplo que venimos citando, podría crearse para la obligación referida los siguientes estándares de medición:

Tabla 12.

Estandáres de medición

Criterio de calidad	Nivel de gradación		
	Si	Parcialmente	no
El concepto abordó el problema consultado.	Si	Parcialmente	no
El concepto se funda en normatividad vigente.	Si	Parcialmente	no
El concepto se funda en reglas jurisprudenciales actuales o vigentes.	Si	Parcialmente	no
La aplicación del concepto llevó a equívoco a la entidad del cual surgió una investigación o hallazgo administrativo, disciplinario, fiscal o penal.	Si	Parcialmente	no

Nota. Fuente: Propia

Así mismo, con base en la información individual y comparativa conjunta, se puede establecer criterios de satisfacción de la calidad de la siguiente forma:

Tabla 13.

Criterios de satisfacción de un contrato estatal

Nivel de Cumplimiento Agregado	Nivel de satisfacción de la obligación
100%	Óptimo
Entre el 80% al 99%	Satisfactorio
Entre el 60% al 79%	Insatisfactorio
Igual o inferior a 59%	Precario o defectuoso

Nota. Fuente: Propia

La razón de estimar de forma más exigente la calidad (que el cumplimiento), para este caso, se da no solo por la satisfacción material de la obligación, sino por el grado de responsabilidad o afectación en que puede incurrir la entidad estatal, en caso de la configuración de una calidad precaria o defectuosa.

2.2.3.1.4. Ponderación.

No todas las obligaciones del contrato tienen la misma importancia, ni todos los criterios o indicadores de cumplimiento y calidad están revestidos del mismo grado de afectación en caso de no lograr estándares óptimos o de satisfacción, por lo tanto, es necesario realizar una doble ponderación en la construcción de obligaciones específicas del contrato.

La primera ponderación, debe ser intrínseca; es decir, que debe pesarse o gradarse el nivel de importancia que tiene cada indicador de cumplimiento y calidad para la valoración integral de la misma. Siguiendo el ejemplo planteado, dicha ponderación podría realizarse de la siguiente manera:

Tabla 14.

Criterios de cumplimiento

Criterios de Cumplimiento	Ponderación Intrínseca
Número de conceptos solicitados / Número de conceptos rendidos.	35%
Número de conceptos rendidos / Número de conceptos rendidos de forma personal por el contratista.	40%
Número de conceptos rendidos / Número de conceptos rendidos y radicados por escrito.	10%
Número de conceptos rendidos / Número de conceptos rendidos y radicados dentro del tiempo estimado para el cumplimiento.	15%
Criterios de Calidad	Ponderación Intrínseca
El concepto abordó el problema consultado.	30%
El concepto se funda en normatividad vigente.	15%
El concepto se funda en reglas jurisprudenciales actuales o vigentes.	15%
La aplicación del concepto llevó a equívoco a la entidad del cual surgió una investigación o hallazgo administrativo, disciplinario, fiscal o penal.	40%

Nota. Fuente: Propia

La segunda ponderación, debe ser comparativa; ello sugiere que debe pesarse la obligación respecto del conjunto total de las demás obligaciones que se tengan a cargo.

Por ejemplo, puede ser que además de la obligación antes descrita, el contratista también tenga otras como (i) entregar informes periódicos sobre la ejecución del contrato, (ii) la representación judicial de la entidad, (iii) el acompañamiento jurídico en las audiencias contractuales, etc. En este caso, habría que realizar una

ponderación comparativa para saber qué “peso” tiene la obligación en estudio dentro del total del quantum obligacional del contrato. A título de ilustración podría ser:

Tabla 15.
Quantum obligacional del contrato

Obligación	Ponderación Comparativa
Rendir conceptos jurídicos.	25%
Entregar informes periódicos sobre la ejecución del contrato.	10%
La representación judicial de la entidad.	40%
el acompañamiento jurídico en las audiencias contractuales.	25%

Nota. Fuente: Propia

De esta forma se puede establecer, el grado de afectación total que el incumplimiento o la mala calidad de una obligación puede generar respecto del conjunto absoluto de las prestaciones.

De lo descrito anteriormente, puede colegirse que: (i) la descripción, permite conocer el detalle de la prestación, lo cual hace parte integral del principio de legalidad, conforme al cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Código civil, 1873, art. 1602); (ii) los indicadores de cumplimiento, dan cuenta del nivel de satisfacción formal de la obligación, permitiendo conocer a la entidad si existió honra total o parcial, tardía o defectuosa de la prestación; (iii) los indicadores de calidad, apuntan a la medición de la satisfacción material de la obligación, permitiendo evidenciar la condición óptima, precaria o defectuosa de la prestación; y (iv) la ponderación, permite conocer el grado de afectación que genera el nivel de incumplimiento o mala calidad en la ejecución de la obligación no solo a nivel intrínseco, sino también a nivel comparativo.

Todos los elementos mínimos descritos para la construcción de cada una de las obligaciones específicas permitirán, a posteriori, determinar en su conjunto, si existió incumplimiento total o parcial de las obligaciones del contrato y de ser así, el grado de afectación derivada de dicho incumplimiento (grave, medio, leve, levisimo), lo cual resulta fundamental para: (i) adelantar un procedimiento administrativo especial de declaratoria de incumplimiento contractual, (ii) la imposición de multas, (iii) el siniestro del contrato, (iv) hacer efectiva la cláusula penal, (v) declarar la caducidad del contrato, (vi) adelantar acciones jurisdiccionales en persecución del reconocimiento de perjuicios derivados del actuar antijurídico de alguna de las partes, entre otras.

2.2.4. Obligaciones contractuales y formas de remuneración.

El tipo de contrato a celebrar, así como la naturaleza, estructura y alcance de las obligaciones contractuales, son determinantes para la forma de remuneración en el negocio jurídico. Algunas alternativas para establecer dicha remuneración son las siguientes:

(i) Para los contratos de obra pública, concesión, o de similar naturaleza, la remuneración puede pactarse:

a. A precio global. De conformidad con el ya derogado Decreto 222 de 1983, estos contratos son aquellos:

En los que el contratista, a cambio de las prestaciones a las que se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cuál están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación del personal, de la elaboración de los subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos. (Decreto 222, 1983, art. 88)

b. A precios unitarios: En cuanto a los precios unitarios, el Decreto citado con anterioridad menciona lo siguiente:

Son 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 obra ejecutadas por el precio de cada una de ellas, dentro de los límites que el mismo convenio fije. (Decreto 222, 1983, art. 89)

c. Por administración delegada.

Es necesario traer a colación, la Jurisprudencia del Consejo de Estado, mediante la cual se ha dispuesto que la administración delegada es:

Aquel negocio jurídico en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre y por cuenta del contratante delegante. Bajo este sistema la administración paga el costo real de la obra más determinado porcentaje como retribución al contratista por concepto de honorarios de administración (en los que se incluyen costos

de personal, oficinas, vehículos, desplazamientos etc.) y la utilidad. Tal y como lo ha señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil: “Según lo expresado, los dos elementos del precio en el contrato de Administración delegada son: El costo de las obras y los honorarios del contratista. Ambos factores, que son asumidos por la entidad contratante, constituyen el valor del contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-1996-02482-01(17253), 2007)

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado, por medio de sentencia proferida en el año 2007, señaló:

El total de las obligaciones que en cuanto al valor adquiere la Administración es la suma de los factores honorarios y costos de las obras. Lo único que varía en el contrato de Administración delegada es la forma de pago al contratista (...) Este monto es el que desembolsa y paga la Administración y por ello en el contrato habrá de especificarse en forma clara el valor del mismo integrado por los honorarios del contratista y el costo de las obras. “En el contrato de Administración delegada el costo de las pólizas de seguros, tendientes a garantizar las obligaciones del contratista, no forma parte integrante del valor del contrato; y este valor, como queda dicho, representa el total de las obligaciones de la entidad pública. “(...) Por otra parte, el mismo Decreto establece que el administrador delegado toma bajo su responsabilidad la dirección técnica de la obra; que maneja también bajo su propia responsabilidad los fondos que la entidad contratante le suministra para el cumplimiento de sus funciones y obligaciones; que serán de cuenta del administrador delegado los daños que cause a terceros en desarrollo del contrato, así como los que ocasione el incumplimiento del contrato; y que tendrá la obligación de pagar con los fondos del contrato el valor de los salarios y prestaciones a que hubiere lugar. “Toda esa gama de obligaciones contractuales que están a cargo del contratista, deben ser garantizados por él, con su propio peculio, sin que posteriormente la Administración esté obligada al reembolso de los gastos efectuados por dicho concepto”.(subrayas fuera de texto original) El contratista ejecuta, entonces, el objeto convenido por cuenta y riesgo de la entidad que contrata la obra, de suerte que se convierte en un delegado o representante de aquélla, a cambio de un honorario que se acuerda en el contrato ya como una suma fija, ora como un porcentaje del presupuesto de la obra. Se trata pues, como advierte Sayagués Laso, de una modalidad del precio del contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-26-000-1996-02482-01(17253), 2007)

(ii) Para los contratos genéricos de servicios, como la prestación de servicios profesionales, apoyo a la gestión administrativa, artísticos intuitu personae, consultoría, etc.

a) Un solo pago al finalizar la totalidad de la prestación, o pagos segmentados y sucesivos de acuerdo con el avance de la ejecución.

b) Pagos por unidad de labor y hasta monto agotable, o pago fijo que incluye cualquier operación que eventualmente pueda darse dentro del período convenido. Por ejemplo, en un contrato de prestación de servicios profesionales de asesoría jurídica en donde se requiera por parte del contratista la contestación de derechos de petición y tutelas radicados contra la entidad; puede pactarse un pago fijo mensual sin importar el número de peticiones y tutelas que lleguen (lo cual involucra remunerar la disponibilidad), o puede remunerarse por cada una de las contestaciones efectivas hasta agotar el tope agotable que se sujetará al límite de la disponibilidad presupuestal.

c) Por monto fijo o “cuota litis”. La contratación estatal de servicios profesionales, se pacta con un precio fijo que remunera las obligaciones de medio a las cuáles se compromete el contratista; sin embargo, también ha reconocido la jurisprudencia, que es posible que se pacte la remuneración sujeta a la condición de resultado o de “éxito” que se tenga en la gestión contratada, siempre y cuando se proteja materialmente el principio de conmutatividad del contrato.

Agregado a lo anterior, en el año 2015, el Consejo de Estado manifestó su posición, señalando lo siguiente:

De acuerdo con los anteriores argumentos, la Sala considera que la estipulación de la comisión de éxito por virtud del principio de conmutatividad exige que se pacte por el Estado y los contratistas con base en referentes objetivos que se aproximen a un real equilibrio económico, sin sujetarse solamente a supuestos convencionales, bajo las siguientes reglas fundadas en el principio de conmutatividad: (1) por virtud del principio de planeación para la fijación de una comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios que suscriba una entidad pública se debe establecer en los estudios previos la metodología y la escala de límites razonables para determinar la cuantía de la misma con el objeto de responder al principio de conmutatividad; (2) así mismo, se debe contar con los estudios financieros, económicos y presupuestales, que permitan sustentar y determinar su proyección en tiempo y cuantía, lo que debe quedar incorporado en los pliegos de condiciones y en

el contrato, de manera que no se convierta en una obligación indeterminada, no motivada e irrazonable que pueda afectar el interés público o general, y vulnerar el principio de conmutatividad; (3) para el reconocimiento y la cuantificación de toda comisión de éxito en los contratos de prestación de servicios debe contarse con los estudios económicos, financieros y de mercado que permitan establecer el valor que pueda representar el resultado o éxito efectivamente logrado con el objeto contratado; (4) el valor de la comisión de éxito comprende tanto el IVA, como los demás impuestos a que haya lugar a cargo del contratista; (5) en los contratos de prestación de servicios sólo se reconocerá la comisión de éxito siempre que efectivamente se logre beneficios o éxito objetivamente identificado en los estudios previos, para el patrimonio público o el interés general; (6) en ningún caso podrá percibirse comisión de éxito por la simple ejecución del contrato cuando no se ha logrado o verificado efectivamente el beneficio o provecho para el patrimonio público; (7) no se puede pagar comisión de éxito por fuera de lo estipulado contractualmente; y, (8) presupuestalmente debe estar respaldado el pago de la comisión de éxito para su pago, de acuerdo con las normas y reglamentos, y en cumplimiento de la estricta legalidad de las disposiciones presupuestales aplicables por cada entidad pública. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 76001-23-31-000-2003-01754-01(35268), 2015)

(iii) Sin importar el tipo de contrato, la remuneración puede pactarse con o sin pagos anticipados.

La ley 80 de 1993, a través del parágrafo de artículo 40, establece que “en los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato” (Ley 80, 1993, art. 40)

De la norma en cita, puede verse de forma preliminar lo siguiente: (i) no define qué se entiende por pago anticipado ni por anticipo, solo prescribe la posibilidad que puedan ser pactados con base en la autonomía de la voluntad de las partes; (ii) establece un límite para el pacto referido, el cual no podrá exceder el 50% del precio del contrato.

Con respecto al alcance hermenéutico del artículo 40 de la ley 80 de 1993, se ha referido la Sección Tercera, así:

Al respecto, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, claramente indica: En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar

el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.” Desde la perspectiva de la naturaleza de las normas jurídicas, la Sala encuentra que la primera parte de la norma transcrita se puede calificar como dispositiva y la segunda, necesariamente, como imperativa. En efecto, según la concepción y el texto mismo de la norma legal transcrita las partes contractuales pueden decidir libremente si habrá, o no, pago anticipado o anticipo y en tal sentido la norma es dispositiva, pero en el supuesto de que las respectivas partes contractuales, en ejercicio de su autonomía, pacten un pago anticipado o un anticipo, la segunda parte de la norma tiene un carácter diferente al que se advierte en la primera, puesto que de manera inequívoca y perentoria se prescribe, a manera de prohibición, que el monto del anticipo “no podrá exceder” del porcentaje indicado. De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que cualquier acuerdo que celebren las partes y que se incluya en una cláusula contractual, en virtud del cual se establezca una suma superior al “cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato” a título de pago anticipado o anticipo, constituye una violación del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y, por consiguiente, en el caso concreto sometido a conocimiento de la Sala la inclusión en la cláusula segunda del contrato relacionada con un anticipo del setenta y cinco por ciento (75%), evidentemente contraría la limitación normativa referida. En consecuencia, la violación de la norma da lugar a la sanción que el ordenamiento jurídico prescribe para tal situación, la cual está comprendida en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 440012331000199800450 01, 2010)

Sin embargo, la jurisprudencia los órganos de control y la doctrina académica, coinciden (de forma mayoritaria), en que anticipo y pago anticipado son categorías diferentes con alcances también disímiles.

Cabe resaltar que, respecto a la jurisprudencia, la máxima autoridad administrativa dispuso:

La diferencia que la doctrina encuentra entre anticipo y pago anticipado, consiste en que el primero corresponde al primer pago de los contratos de ejecución sucesiva que habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales, mientras que el segundo es la retribución parcial que el contratista recibe en los contratos de ejecución instantánea. Lo más importante es que los valores que el contratista recibe como anticipo, los va amortizando en la proporción que vaya ejecutando el contrato; de ahí que se diga que los recibió

en calidad de préstamo; en cambio en el pago anticipado no hay reintegro del mismo porque el contratista es dueño de la suma que le ha sido entregada. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436), 2001)

Asimismo, por medio de sus consideraciones, manifestó los siguientes argumentos:

En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado. De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436), 2001)

Por otra parte, retomó jurisprudencia del año 1999, e indicó que respecto al anticipo, el dinero que se entrega al contratista es público, además de que dicha suma se constituye como un adelanto dirigido a la compra de materiales necesarios para iniciar la obra, e incluso para pagar el salario de los trabajadores. En otras palabras, este pago es un tipo de préstamo, por lo tanto, la suma que se entrega en calidad de anticipo, pertenece a la entidad contratante, así que se solicita al contratista la garantía de la inversión y amortizarla con pagos que se facturen de manera posterior, en el momento de la ejecución del contrato.

El inciso primero del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 es la única referencia del Estatuto de Contratación sobre las figuras de anticipo y pago anticipado. Sin entrar a definir los conceptos de anticipo y pago anticipado, se limita a señalar que su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato (Ley 80, 1993, art. 40).

Las principales diferencias que existen entre las categorías en estudio pueden resumirse así:

Tabla 16.
Categorías de estudio

ANTICIPO	PAGO ANTICIPADO
NO extingue la obligación de remuneración a cargo de la entidad contratante.	Extingue parcialmente la obligación de remuneración a cargo de la entidad contratante.
Le pertenece al objeto contractual.	Le pertenece al contratista.
Se eroga a una fiducia o patrimonio autónomo	Se eroga a la cuenta bancaria del contratista
Tiene destinación forzosa y específica	La destinación se la da el contratista conforme a su voluntad.
Se asocia a contratos de naturaleza de tracto sucesivo.	Su uso es más frecuente en contratos de ejecución instantánea.
Se va amortizando a medida que avanza la ejecución del contrato.	No requiere amortización.
La garantía exigida para su cobertura ampara los riesgos de: (i) Falta de inversión del anticipo, (ii) Uso del anticipo de manera indebida, y (iii) Apropiación del anticipo de modo indebido (Decreto 1082, 2015, art. 2.2.1.2.3.1.7.).	La garantía que se exige para la cobertura, incluye el amparo del riesgo frente a la no devolución parcial o total del dinero que se entregó como pago anticipado.
No hace parte de la forma de pago del precio.	Hace parte de la forma de pago del precio.

Nota. Algunos datos fueron tomados de (Decreto 1082, 2015)

De lo anterior se colige que, en punto de la remuneración de las obligaciones y su forma de pago, lo que se pueden pactar son “pagos anticipados”, pues los anticipos NO son una forma de pago.

Lo anterior no significa que no sea posible pactar “anticipos”; solo que éstos deben ir en una cláusula diferente a la que regularmente se denomina “forma de pago”³⁷, pues como se indicó ut supra, no extinguen la obligación de remuneración a cargo de la entidad contratante, sino que se constituyen en un vehículo para financiar la ejecución del objeto contractual.

En calidad de cierre del presente capítulo, se reafirma que la ecuación o equilibrio contractual, es un concepto dinámico y poli semántico, el cual se estructura a partir de dos elementos sustanciales: (i) el precio equilibrado y (ii) las obligaciones contractuales.

Sin embargo, en la práctica, se observan muchas deficiencias en la construcción, compresión y alcance de la ecuación contractual de parte de las entidades estatales,

³⁷ Equivocadamente en la minuta de “contrato tipo de consultoría” elaborada por la Agencia Colombia Compra Eficiente haciendo referencia a la cláusula de “valor del contrato y forma de pago” se afirma: “La Entidad Estatal contratante podrá pagar un porcentaje del precio indicado en calidad de anticipo y el otro porcentaje una vez reciba a su completa satisfacción la totalidad de los bienes” (Colombia Compra Eficiente, 2016, p. 4)

contratistas y demás intervinientes en la compra pública, ya que ésta se desarrolla en un mercado imperfecto sumado a la falta de conocimiento técnico de muchos de sus operadores.

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

3.1. El equilibrio contractual descansa en la ecuación económica que estructura la relación negocial, y comporta una clara complejidad semántica y sintáctica, ya que a su vez funge como: (i) derecho, (ii) deber, (iii) principio, (iv) regla de interpretación y (v) criterio de dosimetría para el cálculo de perjuicios.

3.2. La ecuación contractual se construye a partir de dos elementos estructurales, a saber: (i) el precio equilibrado, el cual se determina a partir de un riguroso estudio del mercado que integra para su proyección el análisis del sector, los costos de producción, transacción y exógenos, así como la utilidad razonable, y (ii) las cargas obligacionales, las cuales tendrán que pactarse teniendo en cuenta la naturaleza y objeto del negocio jurídico, y cuya estructura se compone, como mínimo, de una definición, indicadores de cumplimiento, de calidad y ponderación.

3.3. La contratación estatal requiere necesariamente de la interdisciplinariedad, ya que la mayoría de los temas que la integran, aunque en apariencia son jurídicos, tienen un fuerte componente económico y técnico; por lo tanto, la apuesta que debe hacerse es por una gerencia pública incluyente, que permita articular las bondades hermenéuticas y argumentativas de la disciplina jurídica con la metodología de análisis, rigor y poder predictivo de la ciencia económica e ingenieril, pues solo en esa medida se podrán lograr consensos y decisiones más eficientes y equilibradas.

3.4. Sin duda, la aplicación del principio pro-legislatore que funge como estándar de responsabilidad para los servidores públicos (artículos 6 y 122 de la C.P), debe ser cuidadosamente armonizada con el principio pro-libertate que guía la autonomía de la voluntad en el ejercicio negocial. Por lo tanto, si se conoce y respeta la dogmática de los contratos estatales, se construye un acuerdo orientado por la ecuación y proporcionalidad en las cargas prestacionales y se asume con rigor la planeación, estudio y gestión del riesgo, se podrán celebrar contratos, no sólo compatibles con el ordenamiento jurídico, sino además negocios que materialicen una compra pública eficiente.

3.

El procedimiento especial administrativo sancionatorio fiscal*

La responsabilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano, entendida como una forma de responsabilidad especial que recae sobre los servidores públicos o particulares que manejen o tengan bajo su custodia recursos del Estado, tiene como antecedentes la propia existencia de la Corte de Cuentas creada por la Ley 1789 de 1847 y restablecida por la Ley 36 de 1898, institución que si bien no hacía juicios de responsabilidad fiscal propiamente dicha, sí tenía a su cargo la aplicación de sanciones por transgresiones que fueran cometidas por los funcionarios responsables de manejar dineros del erario público (Lozano, 2020, p. 30).

Sin embargo, con la primera misión de Kemmerer se deja de lado la Corte de Cuentas para crear la Contraloría General de la República a través de la Ley 42 del 19 de julio de 1923, la cual

* Una versión preliminar del presente capítulo, puede consultarse en: Quiroga Natale (2021). Control fiscal y sus potestades sancionadora y resarcitoria (1th ed.). Ediciones Nueva Jurídica.

fuera constitucionalizada años después por el Acto Legislativo No. 1 de 1945, como un servicio nacional, administrativo e independiente encargado del manejo y vigilancia de todos los asuntos relacionados con las cuentas de los agentes públicos que tenían a su cargo recibir, pagar y salvaguardar recursos de la nación, así como la revisión de las cuentas que le presentaran los empleados nacionales frente a la gestión realizada y la posibilidad de suspensión inmediata a aquellos funcionarios que no acataran este requerimiento dentro de los primeros cinco días de cada mes².

La desaparición de la Corte de Cuentas tuvo su razón de ser en la poca eficiencia de su gestión, pues hacía del control fiscal un proceso sumamente largo que terminaba sin dar resultados reales en su ejercicio, entre otras cosas, debido a que, según la misión Kemmerer, la conjunción entre la cantidad de documentos que llegaban a manos de las oficinas de la Corte, más la carencia de un método estructurado de gestión, hacían pasar varios años antes de que la Corte pudiera siquiera revisar los expedientes, dando pie al deterioro y posterior pérdida de los expedientes y a la consecuente inoperancia del control fiscal previo que se pretendía ejercer³.

Sobra anotar que las observaciones hechas por la primera misión Kemmerer, no sólo dejó como resultado la del Departamento de Contraloría, sino que también conllevó la creación del Banco de La República y la reestructuración de la forma en cómo se llevaba la contabilidad de la Nación.

No obstante, los anteriores antecedentes, no fue hasta la expedición de la Constitución de 1991 que se habló de la responsabilidad derivada de la gestión fiscal, a través del artículo 268, numeral 5, según el cual el contralor General de la República tiene varias facultades, como el establecimiento de la responsabilidad derivada del ejercicio de la gestión fiscal, imponer las sanciones a que haya lugar, ejercer la jurisdicción coactiva y recaudar el monto de las sanciones pecuniarias (Const., 1991, art. 268).

Lo anterior, guarda estrecha relación con el espíritu que en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se quiso dar al Estado como ente al servicio de los administrados y a los principios y fines del Estado Social, pues un eje central de este paradigma es asegurar una gestión adecuada de los recursos del Estado para lograr la consecución de los derechos fundamentales a través del tiempo⁴.

Lo anterior, concuerda, además, con el principio de legalidad que regla el actuar

2 Ver: Malagón Pinzón, M. (2004). "El juicio de cuentas, primera institución de control fiscal de la administración pública. Estudios Socio-Jurídicos, 6 (2).

3 Ver: Sarmiento Pavas, D. (2007). La Misión Kemmerer y el control estatal. Apuntes Contables. 6(12). 83.

4 (Corte Constitucional, Sala Plena, C-258, 2013)

de los servidores del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas, derivado, principalmente, del artículo 6 de la Constitución Política al ser claro en establecer que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, por un lado, y que los servidores públicos, además de serlo por la misma causa, también son responsables por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

De acuerdo con lo dicho, el primer cuerpo normativo que reguló lo referente al proceso de Responsabilidad Fiscal fue la Ley 42 del 26 de enero de 1993, que junto con la Resolución Orgánica No. 03466 del 14 de junio de 1994 dispusieron que el proceso de responsabilidad fiscal contaba con una etapa de investigación o instrucción y una etapa de Juicio Fiscal⁵.

Este proceso debía adelantarse conforme a los principios rectores de la gestión fiscal incorporados en el capítulo primero del título uno de la ley referenciada, a saber, “principio de eficiencia, eficacia, economía, equidad y valoración de costos ambientales” (Ley 42, 1993, art. 8).

Igualmente, el proceso debe regirse por los principios de la función pública descritos en el artículo 209 superior: “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (Const., 1991, art. 209). Así como en concordancia, en lo aplicable, con el procedimiento administrativo contenido en el Decreto 1 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo.

La primera de estas etapas, como su nombre lo indica, abarcaba todo lo referente a la investigación que los organismos de control fiscal realizaban sobre el manejo que determinado agente hacía sobre los recursos del erario que tenía a su cargo; de este modo, en esta etapa se hacía la recolección de pruebas, allegadas o practicadas por los entes de control, que tenían para el caso atribuciones de policía judicial, y a partir de ellas se erigían los fundamentos de la decisión, que podía ser de archivar el expediente o de dictar auto de apertura del juicio fiscal. Ya en la segunda etapa, no se tenía como objeto indagar y buscar pruebas, sino que, con base en las encontradas en la etapa de instrucción, se determinara si hubo o no responsabilidad fiscal por parte del agente investigado.

No obstante, la regulación que respecto de la responsabilidad fiscal había sido introducida por la anterior ley, fue modificada posteriormente por la Ley 610 de 2000 “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, y con la consecuente derogatoria del Código

⁵ Ver: (Ley 42, 1993, art. 74-75)

Contencioso Administrativo, por la Ley 1474 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Cuerpos normativos vigentes y rectores en lo que respecta a la regulación del proceso de responsabilidad fiscal que adelanten los entes de Control Fiscal del Estado.

De este modo, en la primera parte del presente acápite se abarca el proceso de responsabilidad fiscal desde sus aspectos sustanciales, concretamente se hará una aproximación conceptual de la figura y su finalidad, así como de sus características. En la segunda parte, se desarrolla todo lo referente al trámite procesal propiamente dicho, bajo el cual se define la existencia o inexistencia de responsabilidad fiscal de un determinado sujeto de control.

2. ASPECTOS SUSTANCIALES

2.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL, FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS

La Ley 610 del 2000, ofrece una noción de lo que se entenderá como el proceso de responsabilidad fiscal, así:

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. (Ley 610, 2000, art. 1)

Como se puede ver, desde esta primera aproximación surge la necesidad de tener claridad acerca de lo que significa la gestión fiscal, actividad sobre la cual se centra el proceso de responsabilidad fiscal, y que responde al criterio selectivo imperante en la identificación de los servidores públicos que pueden ser responsables fiscalmente. Pues no todo servidor público, por el simple hecho de serlo, puede ser declarado fiscalmente responsable, sino que la calidad crucial y vinculante para ser sujetos pasivos de dicho proceso es indicada por sus funciones, a saber, ejercer actividades propias de la gestión fiscal, en donde incluso, un particular puede ser objeto de investigación por parte de los entes de Control fiscal si ejercen actividades de esta naturaleza.

Precisamente, lo anterior fue concluido por la Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001 cuando en el ejercicio del control de constitucionalidad, examinó la expresión “o con ocasión a esta” contenida en la definición que del proceso de responsabilidad fiscal hizo la Ley 610 de 2000, así:

Cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. Lo cual es indicativo de que el control fiscal no se puede practicar in sólido o con criterio universal, tanto desde el punto de vista de los actos a examinar, como desde la óptica de los servidores públicos vinculados al respectivo ente. Circunstancia por demás importante si se tienen en cuenta las varias modalidades de asociación económica que suele asumir el Estado con los particulares en la fronda de la descentralización por servicios nacional y/o territorial. Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares, sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001)

Agregando sobre el punto específico de las actividades que se desarrollaban con ocasión de la gestión fiscal, lo siguiente:

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. 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. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001)

Como se ve, para hablar de responsabilidad fiscal es imperioso que las autoridades que ejercen dicho control y que se encuentran facultadas para adelantar procesos de esa naturaleza, tengan las herramientas y conocimientos suficientes para identificar con precisión aquellas actividades que, según el caso concreto, comporten el ejercicio de la gestión fiscal. Frente a esto, el carácter reglado de cada una de las funciones de los entes y órganos que conforman al Estado constituye una importante guía para lograr lo anterior, pues dada la amplitud y amalgama de actividades que pueden ser propias de la gestión fiscal y la inevitabilidad en casi todas las estructuras del Estado de su ejercicio, las reglamentaciones que contienen las funciones y competencias de los agentes públicos que lo conforman, ayuda a focalizar aquellos sujetos objeto de control fiscal, con fundamentos en aquellas actividades, facultades y competencias que ostentan.

Frente a esto, la misma Ley 610 de 2000 introdujo en su artículo 3 la definición de lo que, para efectos de la regulación, se entiende por dicha gestión:

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. (Ley 610, 2000, art. 3)

Bajo la misma línea, la Corte Constitucional desde la propia vigencia de la Ley 42 de 1993, ha sostenido que la gestión fiscal se refiere a la administración o manejo que, en desarrollo de las diferentes fases de obtención, mantenimiento, preservación, erogación, transacción e inversión se realiza sobre el conjunto de bienes o fondos del Estado.

De esta forma, a través de la sentencia C-529 de 1993 dispuso lo siguiente:

De conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público está integrado por los bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, 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. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-529, 1993)

Posteriormente, esta misma Corte en Sentencia del 9 de agosto de 2001, adiciona la noción de *poder decisorio* como elemento indicador de la gestión fiscal, en el sentido de que dicha gestión se manifiesta en la titularidad del servidor público o particular de aquella capacidad de disposición sobre los bienes y fondos que conforman el erario público.

Respecto a lo anterior, la Corte Consitucional, a través de la sentencia C-840 de 2001, indicó:

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. La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001)

Además, en lo concerniente al ejercicio del control fiscal, Lozano (2020) afirma que:

Conforme a las consideraciones que frente al tema ha hecho la Corte Constitucional, existe una carga en cabeza de los órganos de control fiscal de analizar si de la persona de quien se pregona una presunta responsabilidad fiscal cuenta con la disposición material y jurídica en relación con los bienes o recursos públicos objeto del detrimento patrimonial, y si la conducta que realizó guarda alguna relación con la noción específica de gestión fiscal. (p. 127)

Las anteriores nociones fueron reafirmadas por el Consejo de Estado en Sentencia del 26 de agosto de 2004, al referirse a la calidad del sujeto pasivo en el proceso de responsabilidad fiscal como:

Los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, cuando al realizar la gestión fiscal, a través de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas no han dado una adecuada planeación, conservación, administración, custodia, explotación,

enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los mismos, o a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, causando por ende con ello detrimento patrimonial al Estado. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 05001-23-31-000-1997-2093 01, 2004)

En suma, tanto la norma que regula el proceso de responsabilidad fiscal, como la jurisprudencia, han entendido que la gestión fiscal abarca todas aquellas actividades que, a través de diferentes métodos y/o herramientas, tengan por objeto administrar recursos públicos, ya sea en su recaudo, inversión, conservación o erogación.

Conforme a las anteriores consideraciones, Fajardo sistematiza los elementos centrales que conforman la gestión fiscal según un objeto y un poder jurídico, así: “Los ingredientes normativos que le dan forma al concepto de gestión fiscal son entonces dos, a saber: i) un objeto: el recurso o fondo público y ii) un poder jurídico: el de administrar tales fondos” (Fajardo, 2017, p. 327).

Como se puede ver, la gestión fiscal se refiere a un conjunto complejo e interdisciplinario de actividades tendientes a gestionar de la mejor manera posible los recursos del Estado y las rentas que estos puedan generar para el erario público; lo cual implica la utilización conjunta de herramientas tecnológicas, financieras y jurídicas que deben ser usadas de manera armónica para lograr su adecuado manejo, teniendo en cuenta los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales, propios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Ahora bien, como presupuesto epistemológico del proceso de responsabilidad fiscal, está la noción misma de responsabilidad fiscal que responde, por un lado, al principio de legalidad que regla el actuar de los servidores del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas, derivado del artículo 6 de la Constitución Política, por el otro, del esquema institucional que constitucionaliza la responsabilidad patrimonial del Estado y de los agentes públicos que con su actuar doloso o gravemente culposo causan detrimento patrimonial al Estado, derivado del artículo 90 superior.

De esta forma, respecto a la responsabilidad patrimonial, la Constitución, a través del artículo 90 establece que:

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, aquél deberá repetir contra éste. (Const., 1991, art. 90)

Frente a la noción de responsabilidad fiscal, Lozano proporciona la siguiente acepción:

Aquella especie de la responsabilidad de carácter patrimonial que en general, por ministerio de la Constitución y la Ley, es exigible a los servidores públicos y a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, por perjuicios patrimoniales causados al erario público como consecuencia de su gestión fiscal irregular. (Lozano, 2020, p. 124)

Así, la responsabilidad fiscal se constituye como la obligación de reparar los perjuicios que, como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa, se cause al patrimonio público en el ejercicio de la gestión fiscal, y que es independiente y autónoma de otras clases de responsabilidad, como lo pueden ser la penal o disciplinaria. Lo anterior, toda vez que, la naturaleza de la responsabilidad fiscal es ser resarcitoria y no sancionatoria, ya que se persigue es una indemnización en dinero que compense el daño ocasionado al erario público; tal y como ha sido ampliamente afirmado por la Corte Constitucional⁶.

Concretamente en Sentencia del 18 de febrero de 2003, poferidad por la Corte Constitucional indicó:

La Corte Constitucional ha reiterado el criterio según el cual la responsabilidad fiscal “no tiene un carácter sancionatorio ni penal”. Al respecto ha sostenido la corte que “la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-131, 2003)

De manera concomitante a dicha naturaleza resarcitoria, también se tiene que el proceso mediante el cual se determina la existencia de responsabilidad fiscal es de carácter netamente administrativo, como lo ha sostenido la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia⁷.

⁶ Ver: (Corte Constitucional, Sala Plena, SU 620, 1996) y (Corte Constitucional, Sala Plena, C-046, 1994)

⁷ (Corte Constitucional, Sala Plena, C-189, 2008); (Corte Constitucional, Sala Plena, SU 620, 1996); y (Corte Constitucional, Sala Plena, C-540, 1997)

Aunado a lo anterior, la Corte ha estudiado este proceso e indica lo siguiente:

El proceso de responsabilidad fiscal es de naturaleza administrativa; de ahí que la resolución por la cual se decide finalmente sobre la responsabilidad del procesado constituya un acto administrativo que, como tal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso administrativa. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-540, 1997)

Esto marca una diferencia definitiva entre la responsabilidad fiscal y la penal, por ejemplo, que solo puede ser declarada en el marco de la actividad jurisdiccional del Estado; pues contrario a esto, todo los actos que se emitan dentro de un proceso de responsabilidad fiscal tienen la calidad de ser administrativos, por lo cual la jurisdicción ante la cual se podrán controvertir será la Contenciosa Administrativa, y consecuentemente, deben obedecer a las reglas propias del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, en cuanto al objeto de la responsabilidad fiscal, el artículo 4 de la Ley 610 de 2000, lo define así:

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 o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad. (Ley 610, 2000, art. 4)

El carácter autónomo e independiente de la responsabilidad fiscal ya había sido desarrollado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en Concepto del 03 de octubre de 1995, al indicar que este tipo de responsabilidad no debe ser entendida como una especie de la responsabilidad civil, sino como una forma emanada directamente del género de responsabilidad que tiene como origen específico el artículo 6 de la Constitución Política.

En palabras de la Sala Plena de la Corte Constitucional, la responsabilidad fiscal

guarda gran relevancia en Colombia, en tanto que:

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 mantengan 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 e 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 específico fundamento.

Por tanto, la responsabilidad fiscal no debe ser tratada como una especie de responsabilidad civil, sino más bien como uno de los distintos tipos que emanan del género responsabilidad, cuya fuente directa es, como se dejó expresado, el artículo 6º de la Constitución. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia nº 732, 1995)

Ahondando en el objeto de la responsabilidad fiscal, que no es más que el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por una gestión fiscal irregular, debe indicarse que el fallo que decide sobre la responsabilidad fiscal de un determinado agente público contendrá la obligación de pagar una suma líquida de dinero a favor del Estado, la cual se determina de acuerdo con el daño elementalmente entendido, sufrido por el Estado.

En esa misma línea, el Alto Tribunal Administrativo, hizo alusión al fallo con responsabilidad fiscal, así:

Así, la posición del Consejo de Estado es que el fallo con responsabilidad debe ceñirse al monto del daño propiamente tal, entendiendo como el daño emergente, considerando como el equivalente al valor de reposición de los fondos o bienes objeto del alcance determinado en el fallo, sin que pueda entrar a determinar lo relativo a los perjuicios, consistentes en el lucro cesante generado por la pérdida o daño y el demérito de los bienes o los gastos ocasionados por la acción u omisión del responsable fiscal, cuyo establecimiento será competencia entonces de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. (pp. 83-84)

Sobre esto, debe advertirse que la estimación del daño sufrido por el Estado y la eventual condena al agente Público, deberá ser indexada al valor presente que se

tenga al momento de la decisión conforme con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes (Ley 610, 2001, art. 53).

Y continúa el mismo autor:

Hay que agregar que el nuevo espectro de control, y la amplitud de los elementos contenidos en la gestión, permiten a su vez una ampliación de la responsabilidad fiscal, pues ahora no sólo se concibe el detrimento que un servidor público le pueda causar al patrimonio público sobre la base simple de actos y omisiones dañinas, sino de igual forma la afectación producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa o, en términos generales, que no se aplique al cumplimiento de los cometidos estatales, particularizados por el objeto funcional y organizacional de la respectiva entidad o programa. (Restrepo, 2001, pp. 81-82)

Es así como, a propósito de la finalidad que tiene la responsabilidad fiscal, es que el proceso mediante el cual ésta se determina tiene como objetivo lograr una declaración jurídico vinculante en la cual se consigne con exactitud la obligación, en cabeza de un servidor público o particular con atribuciones fiscales plenamente identificadas, de reparar los daños que haya ocasionado por el manejo irregular de los fondos o recursos públicos.

En efecto, el proceso de responsabilidad fiscal consiste en una serie de actuaciones administrativas, tanto materiales como jurídicas, que con el estricto respeto de los principios constitucionales del debido proceso y del derecho a la defensa, en todas sus etapas, adelantan los órganos de control fiscal de manera oficiosa e imparcial, con el fin de establecer la responsabilidad específica de un agente público o particular, que haya generado con su conducta dolosa o gravemente culposa en el manejo de los recursos públicos, un detrimento patrimonial al Estado.

En punto de discusión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sintetizó en Sentencia del 24 de febrero de 2015, las principales características del proceso de responsabilidad fiscal, de la siguiente manera:

Los procesos de responsabilidad fiscal, tanto el ordinario como el verbal, en virtud de su naturaleza, tienen varias características relevantes, que pueden ser descritas así:

(i) En primer lugar, el fundamento del proceso de responsabilidad fiscal es 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.

(ii) Es segundo lugar, los procesos de responsabilidad fiscal ordinario y el verbal, son procesos netamente administrativos.

(iii) Se trata, además, de procesos “esencialmente patrimoniales y no sancionatorios”.

(iv) El proceso de responsabilidad fiscal está regulado en la Ley 610 de 2000 y las leyes que la modifican o complementan, como es el caso de la Ley 1474 de 2011. La Ley 610 de 2000 define el proceso de responsabilidad fiscal (art. 1) 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”. Son procesos que evalúan, “la conducta de los servidores públicos y de los particulares que están jurídicamente habilitados para administrar y manejar dineros públicos”.

(v) Finalmente, el proceso de responsabilidad fiscal ordinario, esto es, el establecido en la Ley 610 del 2000, así como su variante verbal consagrada en la Ley 1474 de 2011, son procesos que deben observar las garantías sustanciales y procesales propias de los procesos administrativos. Estos procesos, limitan el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, ya que, despliegan una función pública, que no es jurisdiccional, mediante actos y actuaciones de orden administrativo que hacen responsable a un ciudadano y lo gravan con consecuencias jurídicas y patrimoniales. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-083, 2015)

Para terminar el presente acápite, vale decir que en títulos posteriores se ahondará el tema acerca de los dos tipos de procesos vigentes hoy en día que adelantan los entes de control para la declaratoria de responsabilidad fiscal: el proceso de responsabilidad fiscal ordinario y verbal.

2.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL.

Como ocurre con la responsabilidad patrimonial, de manera general, la responsabilidad fiscal se compone de tres elementos estructurales, a saber:

(i) Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado; (ii) un daño patrimonial al Estado; (iii) un nexo causal entre los dos elementos anteriores. (Ley 610, 2000, art. 5)

2.1.1. Conducta dolosa o gravemente culposa - Elemento subjetivo.

Este elemento traza la prohibición de cualquier forma de responsabilidad objetiva en el marco de la responsabilidad fiscal, pues el nexo causal entre una acción u omisión del gestor fiscal y un daño generado al patrimonio público, si bien son condiciones necesarias para estructurar la responsabilidad, no son condiciones suficientes para ello, en el sentido de que debe estar plenamente demostrado en el proceso que dicha acción u omisión del procesado se hizo a título de culpa grave o dolo.

En este punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha referido al entendimiento general que de estas nociones se han aceptado:

La doctrina tradicional identifica las nociones de dolo y fraude al designar indistintamente este elemento específico del delito: lo ha entendido como intención positiva de inferir injuria o daño a otro, practicidad esta que ha servido para distinguir el delito del acto ilícito culposo, el cual es el ejecutado mediando culpa, es decir, imprudencia o negligencia del agente que conduce a su responsabilidad delictual o cuasi delictual. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.E 846, 1996)

Al respecto, la Ley 1474 de 2011 que establece el llamado *Estatuto anticorrupción*, reiteró el grado de responsabilidad por el cual se será fiscalmente responsable y estableció una presunción legal, tanto para actos constitutivos de dolo como de culpa grave, así:

Determinación De La Culpabilidad En Los Procesos De Responsabilidad Fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

- a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o 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 haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones 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. (Ley 1474, 2011, art. 118)

Como puede verse, estas presunciones guardan el común denominador de ser circunstancias en las que el gestor fiscal maneja negligentemente los recursos públicos, al cometer una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio del poder de disposición y preservación de los mismos. Frente a esto, debe indicarse que el grado de culpabilidad según el cual se declaraba la responsabilidad fiscal no fue siempre el de culpa grave, pues en el primer marco normativo que se ocupó de este tipo de responsabilidad, la Ley 42 de 1993, el legislador no se refirió a los

grados de culpabilidad por los cuales se podría declarar la responsabilidad fiscal, y posteriormente, con la expedición de la Ley 610 de 2000 se previó que sería la *culpa leve* el grado de culpabilidad a aplicar para este tipo de responsabilidad.

En este sentido, la Ley acoge la teoría del Consejo de Estado, como se dispone a continuación:

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. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.E 846, 1996)

No obstante, la Corte Constitucional al examinar la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º parágrafo 2º y el artículo 53 (parcial) de la Ley 610 de 2000, en Sentencia del 08 de agosto de 2002, terminó por declarar la inexecutable de las expresiones de culpa leve, contenidas en las disposiciones demandadas con fundamento en que la responsabilidad fiscal no podía ser desligada de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado contenida en el artículo 90 superior, y del propósito común que compartían con la acción de repetición: la protección y garantía del patrimonio público. Pues el hecho de que se estableciera un supuesto más gravoso para el declarado fiscalmente responsable que el establecido para el servidor público en virtud de la acción de repetición, constituía una violación al principio de igualdad.

En punto de discusión, la Corte Constitucional ha estudiado la responsabilidad patrimonial, derivada del ejercicio de la gestión fiscal, así:

Y es precisamente en ese punto en donde resalta la contrariedad de las expresiones acusadas con el Texto Superior, toda vez que ellas establecen un régimen para la responsabilidad fiscal mucho más estricto que el configurado por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición (C.P. art. 90-2), pues en tanto que esta última remite al dolo o a la culpa grave del actor, en aquella el legislador desborda ese

ámbito de responsabilidad y remite a la culpa leve. Así, mientras un agente estatal que no cumple gestión fiscal tiene la garantía y el convencimiento invencible de que su conducta leve o levisima nunca le generará responsabilidad patrimonial, en tanto ella por expresa disposición constitucional se limita sólo a los supuestos de dolo o culpa grave, el agente estatal que ha sido declarado responsable fiscalmente, de acuerdo con los apartes de las disposiciones demandadas, sabe que puede ser objeto de imputación no sólo por dolo o culpa grave, como en el caso de aquellos, sino también por culpa leve. Para la Corte, ese tratamiento vulnera el artículo 13 de la Carta pues configura un régimen de responsabilidad patrimonial en el ámbito fiscal que parte de un fundamento diferente y mucho más gravoso que el previsto por el constituyente para la responsabilidad patrimonial que se efectiviza a través de la acción de repetición. Esos dos regímenes de responsabilidad deben partir de un fundamento de imputación proporcional pues, al fin de cuentas, de lo que se trata es de resarcir el daño causado al Estado. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-619, 2002)

Es así como, desde el anterior pronunciamiento de la Corte Constitucional, es que los funcionarios que adelanten el proceso de responsabilidad fiscal deben probar plenamente la culpa grave del gestor fiscal. Es decir, en los términos del artículo 63 del Código Civil: “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.” Lo cual generó, lógicamente, una menor probabilidad para el Estado de ver su patrimonio compensado por el daño sufrido a causa de una gestión fiscal irregular, pues debe estar plenamente probado casi que la intención del procesado de causar daño al patrimonio público.

Observación que fue profundizada con ahínco por Ordoñez (2016) al afirmar que con el cambio que generó la decisión, en su sentir, desacertada de la Corte Constitucional, se dejó la puerta al aumento de los actos de corrupción en el manejo de los fondos públicos al ser el juicio de reproche laxo y tolerante con la conducta negligente y descuidada que los gestores fiscales asumen a la hora de manejar el Fisco.

2.1.2. Daño patrimonial al Estado

Este elemento fue definido por la propia Ley 610 del 2000, en su artículo 6, así:

Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos,

o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, 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 los órganos de control fiscal. (Ley 610, 2010, art. 6)

Del anterior concepto se deduce el deber en cabeza de los funcionarios que adelantan el proceso de responsabilidad fiscal de probar la ocurrencia efectiva de un perjuicio para las arcas públicas, ocurrido como consecuencia de actos ineficientes, desacertados, descuidados y poco estratégicos de los gestores fiscales en el manejo de los recursos públicos. Para ello, los órganos de control deben contar con las herramientas y el conocimiento técnico suficiente para identificar cuándo una decisión, actuación o conducta determinada se da en contradicción con los postulados de una correcta administración financiera.

Es importante resaltar que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-340 de 2007, declaró inexecutable las expresiones de “*uso indebido*” e “*inequitativa*” que integraban la definición que, en un inicio, estaba contenido en el artículo citado, por vulnerar los principios de legalidad y tipicidad que se desprenden de la garantía fundamental al debido proceso.

Concretamente, al referirse a la expresión “*inequitativa*” la Corte Constitucional indicó:

Los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, se limita a una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución. No cabe decir lo mismo de la expresión “*inequitativa*”, pues al disponer la norma que la responsabilidad fiscal puede ser producto de una gestión fiscal inequitativa no está dando parámetros que permitan establecer de manera previa, cierta y objetiva, cuando una conducta puede considerarse inequitativa y, por esa razón, determinante de que un daño patrimonial al Estado pueda ser atribuido al agente a título de dolo o de culpa. Esa indeterminación resulta violatoria de los principios de legalidad y tipicidad

consagrados en el artículo 29 de la Constitución y que resultan aplicables en todos aquellos eventos en los que se pretenda establecer la responsabilidad de una persona. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-340, 2007)

En cuanto a la expresión “uso indebido”, la Alta Corte se ha pronunciado de la siguiente manera:

Al incluir la norma demandada el concepto de uso indebido como categoría autónoma representativa de la lesión al patrimonio público, paralela a otras expresiones de daño como menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro, desnaturaliza el concepto de daño, con implicaciones no sólo desde el punto de vista de la técnica legislativa -lo cual no es objeto del control de constitucionalidad- sino desde la perspectiva de su conformidad con la Constitución, puesto que, ciertamente, como se señala en la demanda, se afecta la posibilidad de desvirtuar la responsabilidad fiscal acreditando la ausencia de daño, con lo cual el juicio fiscal se tornaría en sancionatorio, porque la condena no tendría efecto reparatorio o resarcitorio, sino meramente punitivo, lo cual implicaría, a su vez, atribuir a las contralorías una competencia para investigar conductas indebidas e imponer las correspondientes sanciones, lo cual, como lo ha señalado esta corporación, no puede hacer el legislador, puesto que no está a su alcance, más allá de la distribución de competencias realizada por la Constitución, atribuir a las contralorías el ejercicio de un control disciplinario que de acuerdo con la Carta corresponde a otros órganos. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-340, 2007)

Las anteriores consideraciones responden, precisamente, al carácter resarcitorio que se le da al proceso de responsabilidad fiscal, en la medida en que su objetivo principal es el de reparar los perjuicios sufridos por el Estado a causa del mal manejo de sus recursos, aun cuando de paso pueda servir como herramienta de persuasión para que los gestores fiscales, en pro de evitarse sanciones patrimoniales, realicen con sumo cuidado su función.

Por último, en cuanto a la estimación del daño sufrido por el erario público, la Corte Constitucional ha dejado claro que esta debe hacerse en teniendo en cuenta si el daño sufrido es cierto, especial, anormal y cuantificable, además de determinarse “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” (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-620, 1996)

2.1.3. Nexa de causalidad entre la gestión fiscal y el daño fiscal.

Tal y como ocurre con las diferentes clases de responsabilidad en el régimen jurídico colombiano, para el caso de la responsabilidad fiscal debe existir una relación de causa y efecto entre la conducta dolosa o culposa del agente que ejerza gestión fiscal y el daño al patrimonio del Estado. Dicha relación de causalidad no se circunscribe a la noción fenoménica propia de las ciencias exactas, sino a un análisis que, desde la técnica jurídica, permita concluir que la conducta dolosa o gravemente culposa del gestor fiscal fue determinante en la producción del daño sufrido por el Estado.

3. RÉGIMEN PROCESAL.

Tanto el proceso ordinario como el verbal de responsabilidad fiscal habían sido modificados y regulados mediante el Decreto Ley 403 de 2020; no obstante, la Corte Constitucional mediante sentencia C-090 de 2022 declaró inexecutable dichas disposiciones (artículos 124 al 148) ordenando la reviviscencia de los artículos tanto de la ley 610 de 2000 así como de la ley 1474 de 2011 que regulaban el procedimiento de responsabilidad fiscal ordinario y verbal respectivamente.

Puntualmente el decisorio de la providencia en comentario contiene de manera literal lo siguiente:

Declarar INEXEQUIBLE el título XIII -artículos 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, y 148- del Decreto Ley 403 de 2020, “[p]or el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”; y declarar la **REVIVISCENCIA** de los artículos 4, 5, 6, 9, 12, 13, 14, 16, 18, 20, 37, 39, 42, 43, 49, 50, y 57 de la Ley 610 de 2000, “[p]or la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, y de los artículos 100, 101, y 110 de la Ley 1474 de 2011, “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, en su tenor previo a las modificaciones o adiciones introducidas por el título XIII del Decreto Ley 403 de 2020. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-090, 2022)

En consecuencia, el proceso de responsabilidad fiscal ordinario se rige por

las disposiciones previstas en la ley 610 de 2000 y el proceso verbal por lo estipulado en la ley 1474 de 2011.

Cabe resaltar, que el proceso de responsabilidad fiscal puede ser iniciado de oficio por las contralorías, cuando en virtud del control fiscal que realizan se encuentren méritos para ello, así como cuando exista solicitud de una entidad vigilada, denuncias o quejas interpuestas por cualquier persona u organización ciudadana (Ley 610, 2000, art. 8).

En cuanto al término de caducidad y prescripción, la acción fiscal tiene una caducidad de diez años contados a partir del acaecimiento del hecho generador del detrimento patrimonial de los recursos del Estado, cuando no se ha emitido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. Sin embargo, cuando ya se ha proferido este auto de apertura, el anterior término será interrumpido (Ley 610, 2000, art. 9).

Por su parte, la responsabilidad fiscal tiene un tiempo de prescripción de cinco años, que se empiezan a contar desde la emisión del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, si dentro de ese término no se ha proferido sentencia que la declare.

Sobre estas dos figuras, la Corte Constitucional en Sentencia del 20 de noviembre de 2013 señaló:

La caducidad es un límite temporal de orden público que no se puede renunciar y que debe ser declarada por el juez oficiosamente”, la prescripción, en su dimensión liberatoria permite dar “por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado”, por lo que, tratándose de la prescripción “se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio, o sea la negligencia real o supuesta del titular. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-836, 2013)

La norma recuerda, que no obstante estos términos, la Administración conserva su derecho de reclamar la reparación de la totalidad de los daños y perjuicios en el marco del proceso penal como parte civil.

Por otra parte, las contralorías como entes con la potestad de adelantar los procesos de responsabilidad fiscal ostentan atribuciones propias de policía judicial previstas en el Código de Procedimiento Penal, y que son necesarias para llevar adelante su función de investigar la conducta generadora del daño patrimonial y la recolección de pruebas. Tal y como lo consagra el artículo 268 numeral 16 de la Constitución

Política, el Contralor General de la República tiene la facultad de ejercer por sí mismo o por medio de otra persona, las funciones de policía judicial necesarias para cumplir con la vigilancia fiscal (Const., 1991, art. 268).

Así lo dispuso la Ley 610 de 2000, en donde, además, adicionó las siguientes funciones:

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. (Ley 610, 2000, art. 10)

En concordancia, el Decreto 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal” puntualizó en su artículo 104 en qué consisten aquellas funciones especiales de policía judicial que tiene la Contraloría General de la República, en el sentido de que son:

Actividades investigativas para adelantar la vigilancia y control fiscal de los bienes o fondos públicos en defensa de los intereses patrimoniales del Estado, que cumplan con alguno de los siguientes criterios:

- a) Pruebas que deban recaudarse o practicarse mediante actuaciones urgentes o especiales por fuera del marco de un procedimiento ordinario de control fiscal micro o macro, indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal, a través de, entre otros mecanismos, visitas de fiscalización y verificación a los sujetos de control y particulares que manejen recursos públicos, sin previa notificación o aviso, en las cuales podrá acceder a toda la información sin que se le pueda oponer reserva y recaudar pruebas relacionadas con la custodia,

manejo y administración de los recursos públicos.

Los medios probatorios que sean recaudados durante estas diligencias serán objeto de contradicción en las oportunidades procesales ordinarias.

b) Las que se requieran para el análisis e investigación técnica y especializada de conductas en contexto que permitan hacer seguimiento del recurso público, identificar organizaciones, dinámicas o comportamientos recurrentes que ocasionen pérdida y menoscabo del patrimonio público, generando insumos con valor probatorio, por fuera del marco de un procedimiento ordinario de control fiscal micro o macro, indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal, y bajo los procedimientos y protocolos establecidos por el Contralor General de la República. (Decreto 403, 2020, art. 104)

Agrega la norma que estas funciones especiales consagradas en el artículo citado, son de competencia exclusiva del Contralor General de la República directamente o a través de los servidores públicos de la entidad.

Ahora, en cuanto a la terminación de la acción fiscal, el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, indica que en cualquier estado de la indagación preliminar podrá archivar las diligencias si se determina que la acción fiscal no tiene vocación de prosperidad, ya sea porque operó la caducidad, porque el hecho no existió, no generó daño patrimonial al Estado, no ocurrió en el ejercicio o con ocasión a la gestión fiscal, se haya acreditado una causal eximente de responsabilidad fiscal, o se constate que el daño ha sido resarcido totalmente por pago o reintegro del bien.

En lo relacionado con las nulidades dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el artículo 36 de la Ley 610 de 2000, establece que son causales de nulidad: “la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar, la violación del derecho de defensa del implicado; y la existencia probada de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso” (Ley 610, 2000, art. 33).

Aunado a lo anterior, el artículo 36 dispone que las nulidades pueden interponerse en cualquier etapa del proceso, hasta antes de que se profiera el fallo correspondiente. En cuanto al auto que resuelve las nulidades propuestas, procede tanto el recurso de reposición, como el de apelación (Ley 610, 2020, art. 36).

El proceso de responsabilidad fiscal se adelanta conforme al procedimiento ordinario contenido en la Ley 610 de 2000, la Ley 1437 de 2011 y las modificaciones hechas por la Ley 1474 de 2011 y 2080 de 2021.

Adicionalmente, por el procedimiento verbal, creado por la Ley 1474 de 2011, en los casos específicos en los que “del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación” (Ley 1474, 2011, art. 97).

3.1. PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

El proceso ordinario de responsabilidad se desarrolla a través de la siguiente estructura: (i) Indagación preliminar; (ii) Apertura del proceso; (iii) Auto de imputación de responsabilidad fiscal; (iv) Decreto y Practica de Pruebas; (v) Fallo y (vi) Segunda Instancia.

3.1.1. Indagación preliminar

De acuerdo con el artículo 39 de la Ley 610 de 2000, la indagación preliminar tiene lugar cuando deben adelantarse investigaciones tendientes a determinar si existen elementos de juicio suficientes para dar apertura al proceso de responsabilidad fiscal. Es decir, cuando no existe certeza de la ocurrencia de la actuación u omisión constitutiva de responsabilidad, o sobre el daño patrimonial que se haya generado con dicha conducta.

Esta indagación preliminar tiene una duración máxima de seis meses que podrán ser prorrogados por el mismo término una sola vez, mediante auto debidamente motivado. Una vez se cumpla el anterior término, la autoridad de control deberá decidir entre el archivo de las actuaciones o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, y para el caso del proceso verbal, apertura e imputación.

Como es lógico, en esta etapa se deben identificar, al menos de forma elemental, la existencia de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal, así, primero se debe determinar la existencia de un perjuicio sufrido por el patrimonio público, una gestión irregular en el manejo de los recursos públicos y los presuntos responsables, ya sean servidores públicos o particulares, que hayan ocasionado o contribuido al detrimento patrimonial.

Cuando se evidencia el acaecimiento de la caducidad de la acción o la inexistencia de un detrimento patrimonial, la autoridad competente deberá archivar el asunto mediante acto que no admite recurso alguno.

Frente a esta fase del esquema, la Corte Constitucional ha precisado que, aunque

la investigación preliminar va encaminada a la identificación de la conducta que afecta al patrimonio público y a los presuntos responsables, no se debe entender como una etapa propiamente dicha del proceso ordinario de responsabilidad fiscal, toda vez que dicho proceso inicia formalmente con la expedición del auto de apertura (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001).

En este entendido, la reapertura de la indagación preliminar o del proceso no viola el debido proceso cuando (i) Aparecieren o se aportaren nuevas pruebas que demuestren la generación de un daño al patrimonio del Estado o la responsabilidad de aquel que ejerza gestión fiscal, o que (ii) se logre acreditar que la decisión fue tomada con fundamento en una prueba falsa (Corte Constitucional, Sala Plena, C-832, 2008).

Lo anterior, teniendo en cuenta que de acuerdo con la Corte Constitucional:

Se trata una medida excepcional circunscrita al ámbito de la libertad de configuración política del legislador, y que encuentra una clara justificación en la necesidad de promover la defensa y reparación del patrimonio público y, por esa vía, dar cumplimiento a la obligación constitucional de 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 estatal. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-832, 2008)

Ahora, es importante señalar que en la investigación preliminar el ente fiscal, con fundamento en las funciones de policía judicial atribuidas por el marco jurídico que regula la materia, tiene la potestad de recolectar las pruebas necesarias para dictar auto de apertura o de archivo, sin que estas actuaciones constituyan la expedición de auto que decreta pruebas, pues, como se ha dicho, en esta fase aún no se ha iniciado formalmente el proceso de responsabilidad fiscal (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 25000-23-41-000-2016-01063-01, 2016).

Por último, debe recordarse que, aunque la indagación preliminar no hace parte integral del proceso de responsabilidad fiscal, es una faceta en la que se deben respetar las garantías fundamentales del debido proceso y del derecho a ejercer la defensa, razón por la cual, el artículo 42 de la Ley 610 de 2000 establece que quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal en su contra, antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, tiene el derecho de solicitar que se le reciba exposición libre y espontánea.

3.1.2. Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal

De acuerdo con el artículo 40 de la ley 610 de 2000, se realiza mediante auto que da inicio formal al proceso de responsabilidad fiscal y tiene lugar cuando, como producto de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se concluya que efectivamente existe un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo.

Si en este estado del proceso ya se tienen identificados a los presuntos responsables, el funcionario competente deberá notificarles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso, con el fin de garantizarles el derecho de defensa y contradicción. Sin embargo, el auto que da apertura al proceso de responsabilidad fiscal, por ser precisamente, de trámite, no es susceptible de ser controvertido mediante recurso alguno.

Por otro lado, en concordancia con la ley 610 del 2000, el auto de apertura debe contener lo siguiente:

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. (Ley 610, 2000, art. 41)

Dentro de este marco, con el fin de garantizar la defensa del investigado, la norma establece la posibilidad que tiene de solicitar al funcionario competente exposición libre y espontánea sobre lo sucedido o la materia objeto de investigación. Para ello, podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, no obstante, el hecho de que no designe abogado para esta diligencia no es causal de invalidez de lo actuado (Ley 610, 2000, art. 42).

Y en cualquier caso, agrega la norma, la autoridad fiscal no puede dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal sin previamente haber escuchado al presunto responsable en exposición libre y espontánea o no está representado por un defensor de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional se pronunció indicando que la posibilidad de rendir versión libre sin la presencia de un abogado no violaba el debido proceso por faltar a la garantía de una defensa técnica, toda vez que:

El proceso de responsabilidad fiscal no tiene una naturaleza jurisdiccional sino administrativa. Esto es, el investigado en estricto sentido no es juzgado, no es sometido al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado sino a la función administrativa. Sólo cuando la actuación de esta ha culminado, puede optar por cuestionar ante la justicia contencioso administrativa la legalidad del procedimiento a que fue sometido y de la decisión proferida. Esto implica que los servidores públicos o los particulares que cumplen gestión fiscal cuentan con dos escenarios posibles para plantear sus pretensiones y que ante cada uno de ellos son titulares de unos derechos que, aunque con las matizaciones de cada caso, no pueden ser desconocidos. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-131, 2002)

Adicionalmente la Sentencia C-131 también abarca lo concerniente al derecho al debido proceso, así:

En el proceso de responsabilidad fiscal los contenidos del debido proceso, y, para lo que aquí interesa, del derecho de defensa, no pueden ser necesariamente los mismos que en otro tipo de procesos pues debe existir una relación de equilibrio entre la naturaleza de la responsabilidad que se debate y del escenario en que se discute y los mecanismos defensivos reconocidos a los presuntamente responsables. De allí por qué se muestre infundado concebir para el derecho

de defensa que se ejerce en las actuaciones administrativas, el mismo contenido de aquél de que se es titular en las actuaciones judiciales. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-131, 2002)

En esta misma etapa de apertura del proceso, ocurre la vinculación del garante, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 610 de 2000, en los siguientes términos:

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. (Ley 610, 2000, art. 44)

Y agrega que dicha vinculación se efectuará a través de la comunicación del auto de apertura del proceso correspondiente, dirigido al representante legal o al apoderado designado por éste, que deberá señalar el motivo de procedencia de ésta.

En cuanto al término que se tiene para adelantar las diligencias de esta etapa es de tres meses, que se podrán prorrogar por dos meses más a través de auto motivado, siempre y cuando haya justificación para ello (Ley 610, 2000, art. 45).

Por último, de la conclusión de esta etapa pueden surgir dos decisiones: (i) el archivo del proceso o (ii) dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal. Ambos supuestos, deberán realizarse mediante providencia motivada (Ley 610, 2000, art. 46).

El primer supuesto tiene lugar si de las diligencias adelantadas en la etapa de apertura del proceso se concluye que no existió el hecho que dio lugar al proceso, que el hecho no generó ningún detrimento patrimonial, se demuestre el resarcimiento del perjuicio, se acredite la existencia de una causal excluyente de responsabilidad, o que haya operado la prescripción o caducidad.

3.1.3. Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal.

Hay lugar a emitir el auto de imputación de responsabilidad fiscal si se encuentra objetivamente demostrado la ocurrencia del daño o detrimento al patrimonio del Estado y, a su vez, existen pruebas que comprometan la responsabilidad fiscal de los investigados. Estas pruebas pueden ser testimonios

que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio permitido que permitan inducir la posible responsabilidad de los implicados.

La norma agrega los elementos que debe contener este auto de imputación así:

1. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.
2. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.
3. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado. (Ley 610, 2000, art. 48)

Frente a la posibilidad de controvertir en sede judicial el auto de imputación de cargos, el Consejo de Estado en Sentencia del 12 de septiembre de 2019, indicó:

El artículo 59 de la Ley 610 de 2010, dispone: “[...] Artículo 59. Impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 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. [...]” La anterior disposición ha sido atendida en su tenor literal por esta Sección que en asuntos similares ha considerado que se debe dar aplicación preferente a la norma especial antes citada, en el sentido de que, ante esta jurisdicción, solo se demanda el acto administrativo con el cual se termina el proceso, una vez se encuentre en firme, de manera que en los procesos de responsabilidad fiscal no es necesario demandar actos preparatorios como ocurre con el auto de imputación de cargos. La Corte Constitucional en sentencia C-557 de 2001, declaró exequible la expresión “solamente” contenida en el artículo 59 de la Ley 610. De acuerdo con los anteriores planteamientos la Sala considera que en este caso no era necesario demandar la nulidad del auto de imputación de cargos y en ese orden no se realizará ningún pronunciamiento, tan solo se realizará el análisis respecto de los fallos de responsabilidad fiscal. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 17001-23-31-000-2010-00313-01, 2019)

Ahora bien, la forma de notificación del auto de imputación de cargos a los presuntos responsables, apoderados si los tienen y asegurador si lo hubiere, es la notificación personal conforme lo establece el artículo 106 de la Ley 1474 de 2011, y

la cual deberá hacerse de acuerdo con lo establecido, para el efecto, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA.

En punto, el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo establece:

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos. (Ley 1437, 2011, art. 67)

3.1.4. Decreto y Práctica de Pruebas

Vencido el término de traslado que tiene la defensa para presentar sus argumentos, solicitar y aportar pruebas, el funcionario a cargo del proceso expedirá

auto mediante el cual ordena la práctica de las pruebas solicitadas o decretadas de oficio, por un término no superior a 30 días.

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 (5) días siguientes a su notificación, en la forma prevista en el CPACA.

Los artículos 22 al 32 de la Ley 610 de 2000 establecen unas reglas en materia probatoria a saber:

- (i) Todos los autos y sentencias que se dicten dentro del proceso, deben basarse en pruebas allegadas al mismo, además de que deben producirse de manera legal.
- (ii) Solo puede proferirse fallo con responsabilidad fiscal, cuando se logre demostrar con certeza la ocurrencia del daño patrimonial y la responsabilidad de la persona investigada.
- (iii) Una vez el investigado haya rendido versión libre y espontánea, puede solicitar y aportar pruebas, las cuales pueden ser concedidas o denegadas, en el segundo caso, procede recurso de reposición y apelación contra dicha providencia.
- (iv) La responsabilidad del investigado, así como el daño al patrimonio, pueden demostrarse a través de cualquier prueba reconocida por la ley, ya que, existe libertad probatoria.
- (v) Las pruebas deben ser valoradas en conjunto, de conformidad con la sana crítica.
- (vi) El funcionario que tenga competencia para practicar las pruebas, puede comisionar a otro funcionario idóneo para que lleve a cabo esta función.
- (vii) Las pruebas que obren en procesos administrativos, disciplinarios y fiscales de forma válida, pueden trasladarse al Proceso de Responsabilidad Fiscal, ya sea mediante copia o fotocopia.
- (viii) El funcionario competente, tiene la facultad de llevar a cabo las medidas que considere pertinentes para evitar la alteración, destrucción o adulteración

de los medios probatorios. Por consiguiente, puede ordenar la vigilancia de las personas, bienes, incautación de documentos, retención de medios de transporte, entre otros.

(ix) Las pruebas que se recauden sin atender los requisitos legales, tanto formales como sustanciales, se tendrán como inexistentes.

(x) 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.

(xi) A partir de la indagación preliminar, en particular desde la versión libre y espontánea, el investigado puede controvertir las pruebas. De igual forma, podrá hacerlo desde la notificación del auto de apertura del proceso.

3.1.5. Fallo

Una vez agotado el término de traslado y la práctica de las pruebas, el funcionario encargado pasará a proferir fallo que declara la existencia o inexistencia de responsabilidad fiscal dentro del término de 30 días.

Los artículos 53 y 54 de la Ley 610 de 2000 establecen el alcance de la decisión de fondo así:

Tabla 17.

Fallos Proceso de Responsabilidad Fiscal

Fallo con responsabilidad fiscal	Fallo sin responsabilidad fiscal (artículo 54)
El funcionario en quien resida la competencia, procederá a proferir fallo con responsabilidad fiscal, cuando exista una prueba que demuestre con certeza la ocurrencia del hecho, la cuantía e individualización del sujeto que cometió la falta, así como el nexo entre el hecho y el daño. Cabe resaltar, que el fallo debe determinar de manera clara el monto del daño, el cual deberá actualizarse a la fecha del momento de la decisión, conforme al IPC establecido por el DANE (Ley 610, 2020, art. 53).	Se proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando se desvirtúen las pruebas que pretenden demostrar la conducta dolosa o gravemente culposa del investigado. De igual forma, el fallo será absolutorio cuando se demuestre la falta de cualquiera de los elementos constitutivos de responsabilidad fiscal (Ley 610, 2000, art. 54).

Nota. Fuente: (Ley 610, 2020, art. 53-54)

La providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal se notificará en la forma, términos y con los recursos establecidos en la parte primera del CPACA.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 19 de la Ley 610 de 2000, establece que, en caso de muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citarán y emplazarán a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión.

Disposición que fue analizada por la Corte Constitucional en Sentencia C-131 de 2003, por los cargos de violación al derecho a la defensa y al debido proceso de los herederos mediante la sucesión procesal en el proceso de responsabilidad fiscal, concluyendo que:

Resumiendo, de la naturaleza resarcitoria y patrimonial del proceso de responsabilidad fiscal se desprende que los principios generales del derecho civil en materia de sucesión procesal tienen plena aplicación. Tal institución no desconoce los derechos constitucionales de los herederos. Por el contrario, permite al acreedor, en este caso al estado, buscar el resarcimiento del daño, así como a los herederos participar en calidad de partes, con todas las consecuencias que ello implica, en especial la de ejercer el derecho de defensa en un proceso que afecta sus legítimos intereses patrimoniales en la herencia del causante. Por ello, si no se cumple con el requisito de la citación y emplazamiento, el proceso correspondiente tendría un vicio de nulidad. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-131, 2003)

En cuanto a la ejecutoriedad de las providencias proferidas en el marco de los procesos de responsabilidad fiscal, esta opera cuando no procede ningún recurso, una vez se haya notificado la decisión y ninguna de las partes haya interpuesto recurso dentro de los 5 días hábiles siguientes a la notificación o cuando los recursos interpuestos fueron resueltos.

3.1.6. Segunda Instancia.

Según estipula el artículo 57 de la Ley 610 de 2000, recibido el proceso, el funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los veinte (20) 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 máximo

de diez (10) días hábiles, libres de distancia, pudiendo comisionar para su práctica.

Confirmada la decisión en segunda instancia si fue apelada o en primera si no hubo interposición de recursos, una vez el fallo que declara la responsabilidad fiscal quede en firme, éste prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, que se hará efectivo en la jurisdicción coactiva de las Contralorías, como lo establece el artículo 58 de la Ley 610 de 2000.

Ahora, el fallo que declare la responsabilidad fiscal puede ser impugnado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho como acto administrativo de carácter particular y concreto, con fundamento en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000 y 138 del C.P.A.C.A.

3.2 PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL.

Como se indicó en la introducción del presente capítulo, el proceso de responsabilidad fiscal verbal, se rige de manera especial por las disposiciones previstas en la ley 1474 de 2011 y, de manera general, en lo regulado por la ley 610 de 2000.

Previo a abordar cómo se desarrolla el proceso de responsabilidad fiscal verbal, se debe tener en cuenta que, sólo se adelantarán actuaciones por este proceso en aquellos casos específicos en los que “del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación” (Ley 1474, 2011, art. 97). Esto es, cuando se compruebe de manera objetiva la existencia de un daño patrimonial al Estado y haya evidencia que implique la responsabilidad del gestor fiscal (Ley 1474, 2011, art. 98, lit. a).

Teniendo en cuenta que la etapa de indagación preliminar del proceso ordinario se encamina precisamente a determinar, al menos de manera básica, la existencia de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal, es claro que la norma que regula el proceso de responsabilidad fiscal verbal, prescinde de dicha etapa cuando del dictamen del proceso auditor, denuncia, (o demás sistemas de control), se desprenden los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal, careciendo de objeto el inicio de una indagación preliminar y dando mérito la apertura del proceso verbal. A continuación, veremos cada una de las maneras de dar inicio a un proceso verbal.

1) Dictamen del proceso auditor: de acuerdo con las normas generales que

rigen el ejercicio de la revisoría fiscal, el dictamen es el juicio profesional obligatorio emitido por el Revisor Fiscal al concluir su examen y verificación de los objetos de fiscalización. En el dictamen, el Revisor Fiscal detallará el trabajo realizado, la metodología aplicada, las bases de su juicio y el cumplimiento de sus funciones y tareas. Los elementos mínimos que debe contener un dictamen incluyen el título, fecha de emisión, destinatario, restricciones de circulación, motivo de la emisión, asuntos tratados, periodo cubierto, entidad fiscalizada, criterio utilizado, fuentes de evidencia, procedimientos aplicados y sus fechas, limitaciones en los procedimientos, declaración del juicio profesional, y el nombre completo y firma del Revisor Fiscal con su número de tarjeta profesional.

El juicio profesional en el dictamen puede expresar una seguridad positiva o negativa y asumir diversas formas, como favorable, con salvedades, con incertidumbres o reservas, negativo, o con abstención (Consejo Técnico de la Contaduría Pública, 2008).

2) Denuncia: La denuncia es una de las estrategias fundamentales de control fiscal sobre los recursos públicos. Este mecanismo, permite la participación activa de la ciudadanía, cualquier organización social o veeduría, ya que puede informar sobre hechos irregulares relacionados con el mal uso de dinero público (Contraloría General de la República, 2014).

Para que una denuncia sea efectiva, debe contener ciertos elementos mínimos:

- **Identificación de los responsables:** Especificar quién o quiénes son los responsables del uso indebido de los dineros públicos o del mal manejo de los recursos naturales.
- **Descripción de los hechos:** Detallar cómo ocurrieron los hechos presuntamente irregulares.
- **Fecha de los hechos:** Indicar la fecha en que ocurrieron los hechos.
- **Ubicación:** Señalar en qué entidad y zona geográfica ocurrieron los hechos

Además, es recomendable proporcionar información adicional sobre el valor de los recursos públicos involucrados e incluir evidencias que respalden la denuncia, como fotografías, documentos, testimonios, entre otros (Contraloría General de la República, 2014).

Es obligatorio que todas las entidades públicas, cuenten con un espacio en su página web principal, donde los ciudadanos puedan presentar quejas y denuncias sobre actos de corrupción cometidos por funcionarios de la entidad. Este espacio, también debe permitir a los ciudadanos realizar sugerencias para mejorar la prestación del servicio público. La oficina de quejas, sugerencias y reclamos es la encargada de gestionar estas denuncias. Esta oficina debe realizar la investigación correspondiente en coordinación con el operador disciplinario interno de la entidad, para iniciar las acciones e investigaciones necesarias (Ley 1474, 2011, art. 76).

Finalmente, se resalta que este proceso de denuncia no solo fortalece la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión pública, sino que también, empodera a los ciudadanos como agentes activos en la vigilancia y control del uso adecuado de los recursos públicos.

3) Sistemas de control: La ley 42 de 1993 establece que para el ejercicio del control fiscal se pueden aplicar diversos sistemas de control, como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno (art. 9). Además, se pueden implementar otros sistemas de control más avanzados tecnológicamente, eficientes y seguros, que serán adoptados mediante reglamento especial emitido por la Contraloría General de la República (2014).

El control financiero, consiste en examinar según normas de auditoría generalmente aceptadas, si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente sus operaciones y cambios financieros, asegurando que se cumplan las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios contables aceptados universalmente o por el Contador General (Ley 42, 1993, art. 10).

El control de legalidad, verifica que las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad se realicen conforme a las normas aplicables (Ley 42, 1993, art. 11). La ley 1474 de 2011, en su artículo 125, establece que este control promueve acciones constitucionales y legales inmediatas y solicita medidas cautelares necesarias para evitar daños al patrimonio público, las cuales deben recibir atención prioritaria. Si el control de legalidad revela actos contrarios al ordenamiento jurídico, se pueden iniciar diversas acciones legales, incluyendo la responsabilidad fiscal y otras acciones como tutela, popular, de grupo, de cumplimiento, etc., además de solicitar medidas cautelares prioritarias para prevenir daños fiscales.

El control de gestión, es el examen de la eficiencia y eficacia en la administración de recursos públicos, evaluando procesos administrativos, utilizando indicadores

de rentabilidad pública y desempeño, y determinando la distribución del excedente producido y los beneficiarios de dicha actividad (Ley 42, 1993, art. 12).

El control de resultados, consiste en examinar si los sujetos de vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración en un período determinado (Ley 42, 1993, art. 13). La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, para evaluar la economía, eficacia, eficiencia y equidad de dichas operaciones (Ley 42, 1993, art. 14).

La evaluación del control interno, es el análisis de los sistemas de control de las entidades vigiladas, con el fin de determinar su calidad, nivel de confianza, y su eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus objetivos. Esta evaluación es reglamentada por la Contraloría General de la República (Ley 42, 1993, art. 19).

Respecto a los sistemas de control mencionados anteriormente, estos pueden aplicarse en forma individual, combinada o total (Ley 42, 1993, art. 19). Además, el artículo 17 establece que, si tras la revisión de cuentas se encuentran pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares, se levantará el fenecimiento y se iniciará el juicio fiscal.

Así pues, el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal se creó para aquellos casos en los cuales se observa que, con el dictamen de un proceso auditor, la denuncia o la aplicación de cualquier sistema de control, se encuentran configurados los elementos para dictar de una vez el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal y la imputación de responsabilidad fiscal a los implicados. En el caso del proceso verbal, por estar ya demostrado el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existir pruebas que comprometen la responsabilidad de los implicados, se profiere el auto de apertura e imputación y se adelanta el procedimiento con mayor celeridad.

En este punto, es importante mencionar, lo que la Corte Constitucional (en Sentencia C-083 de 2015) indicó, en punto de la justificación que llevó al legislador para crear un procedimiento verbal de responsabilidad fiscal:

El Legislador, con el objeto de modernizar el sistema de Control Fiscal y buscar una mayor eficacia y eficiencia en el control adelantado hasta el momento por medio de la Ley 610 del 2000, creó el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, con el propósito de mejorar los resultados de ese control a nivel nacional,

teniendo en cuenta que gran parte de los procesos que se adelantaban hasta el momento en esos casos, "no culmina[ban] con decisiones de responsabilidad fiscal" y muchos terminaban por prescripción o caducidad, generando pérdidas costosas para el Estado. Por ello, a juicio del Legislador, era pertinente crear un procedimiento verbal para los procesos mencionados, a fin de dar celeridad a los mencionados trámites, en particular en aquellos casos en que era factible considerar que estaban dados todos los elementos para proferir imputación o si existía flagrancia en la generación del daño. El objetivo fundamental de esta medida, en consecuencia, fue el de buscar reducir los términos y eliminar los trámites innecesarios en estos eventos, a través de un procedimiento más expedito. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-083, 2015).

Ahora bien, previo a abordar las etapas que configuran este procedimiento, es importante indicar que, el parágrafo 3 del artículo 97 de la ley 1474 de 2011 establece que, con la entrada en vigor de esta ley, las indagaciones preliminares en trámite pueden ser adaptadas al procedimiento verbal por los órganos de control fiscal competentes al calificar su mérito, emitiendo auto de apertura e imputación. Asimismo, en los procesos de responsabilidad fiscal sin auto de imputación a la fecha de vigencia de esta ley, los órganos competentes, según su capacidad operativa, pueden adoptar el procedimiento verbal al emitir el auto de imputación, indicando esto en el acto administrativo y citando para audiencia de descargos, tomando las medidas procesales necesarias para seguir el trámite verbal. Este parágrafo fue demandado ante la Corte Constitucional, que en la Sentencia C-512 de 2013 declaró exequible el citado parágrafo, señalando que las normas procesales tienen vigencia inmediata, mientras que las normas sustantivas, relativas a derechos y garantías, no tienen este tipo de vigencia según el principio de legalidad (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-512, 2013).

De acuerdo con lo previsto en las citadas normas, el proceso verbal de responsabilidad fiscal, se desarrolla a través de la siguiente estructura: (i) Auto de apertura del proceso e imputación de responsabilidad fiscal; (ii) Audiencia de Descargos (decreto y practica de pruebas); (iii) Audiencia de Decisión (fallo) y (iv) Segunda instancia.

3.2.1. Auto de apertura del proceso e imputación de responsabilidad fiscal.

De acuerdo con el literal a del artículo 98 de la ley 1474 de 2011, el funcionario competente dará inicio formal al proceso verbal de responsabilidad fiscal a través del auto de apertura e imputación, bajo dos condiciones: (i) cuando del dictamen del proceso auditor, denuncia o de cualquiera de los sistemas de control fiscal se desprenda

la existencia del daño patrimonial al Estado y (ii) haya prueba que comprometa la responsabilidad del gestor fiscal.

Igualmente, la citada norma establece que el auto de apertura debe cumplir con los requisitos previstos en los artículos 41 y 48 de la ley 610 de 2000, y, además, contener la formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables y los motivos por los cuales se vincula al garante. Esto, toda vez que el auto deberá recoger no sólo los requisitos de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, sino también los previstos para el auto de imputación regulados en la ley 610 de 2000.

Aunado a lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 28 de mayo de 2020, señala que, debido a que ya se ha demostrado el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existen pruebas que comprometen la responsabilidad de los implicados, se dicta el auto de apertura e imputación y el procedimiento se lleva a cabo con mayor celeridad. (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto n°. 11001-03-06-000-2020-00001-00, 2020).

Así, el auto de apertura debe contener lo siguiente:

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. (Ley 610, 2000, art. 41).

10. La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado.

11. La indicación y valoración de las pruebas practicadas.

12. La acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado. (Ley 610, 2000, art. 48).

13. La formulación individualizada de cargos a los presuntos responsables.

14. Los motivos por los cuales se vincula al garante.

15. Lugar, fecha y hora para dar inicio a la audiencia de descargos. (Ley 1474, 2011, art. 98, lit. a).

En cuanto a la notificación del auto de apertura, la norma indica que éste deberá notificarse personalmente, previa citación que deberá emitirse el día hábil siguiente a la expedición del auto de apertura. (Ley 1474, 2011, art. 98, lit. a, inc. 2).

Adicionalmente, el artículo 103 de la ley 1474 de 2011, establece que en el auto de apertura e imputación se deberá ordenar la investigación de los bienes de las personas que sean consideradas posibles responsables de los hechos bajo investigación, y emitir de inmediato los requerimientos de información a las autoridades correspondientes. No obstante, si los bienes fueron identificados en el proceso auditor, en forma simultánea con el auto de apertura e imputación, se debe proferir auto mediante el cual se decreten las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables (Ley 1474, 2011, art. 103, inc. 2).

En este punto, es importante resaltar que de la lectura de los requisitos previstos en el artículo 41 de la ley 610 de 2000 para el auto de apertura y de lo contemplado en el citado artículo 103 de la ley 1474 de 2011, puede advertirse falta de coherencia normativa, pues, por un lado, se establece que el auto debe contener el decreto de las medidas cautelares a que hubiere lugar (Ley 610, 2000, art. 41) y, por el otro, se establece que el auto debe ordenar la investigación de los bienes de las personas que

sean consideradas posibles responsables de los hechos bajo investigación, pero que si los bienes fueron identificados en el proceso auditor, en forma simultánea con el auto de apertura e imputación, deberá emitirse auto en el cual se decreten las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables, y que, además, su notificación deberá realizarse en estrados. (Ley 1474, 2011, art. 103).

De este modo, cuando el artículo 98 de la ley 1474 de 2011, hace la remisión normativa a los requisitos contemplados en el artículo 41 de la ley 610 de 2000 sin salvedad alguna, el deber de decretar medidas cautelares en el auto de apertura debería aplicarse de plano en el presente proceso, y en ese sentido, la notificación de éstas se haría de manera personal y no por estrado, siguiendo lo previsto en el inciso segundo del literal a del artículo 98 de la ley 1474 de 2011. Sin embargo, esto generaría la inocuidad de las disposiciones normativas que la misma ley 1474 de 2011, como norma especial⁸, establece frente al decreto de las medidas cautelares en el proceso verbal de responsabilidad fiscal.

En relación con este asunto, vale la pena hacer uso de las herramientas que el ordenamiento jurídico dispone para dar claridad sobre la situación expuesta. Así, la Corte Constitucional ha manifestado que existen, al menos, tres criterios normativos para resolver los conflictos entre leyes: el criterio jerárquico, cronológico y de especialidad. En cuanto al criterio de especialidad, señala que éste permite que una norma se mantenga en vigencia porque regula de manera específica y particular una situación, supuesto o materia. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-451, 2015).

Puntualmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-439 de 2016 precisó:

existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (*lex superior derogat inferiori*); (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (*lex posterior derogat priori*); y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (*lex specialis derogat generali*). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo

⁸ No debe perderse de vista que, de acuerdo con el segundo inciso del artículo 97 de la ley 1474 de 2011, las disposiciones contenidas en la mencionada ley son de aplicación especial al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos: "(...) El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley".

cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-439, 2016).

Es por ello que, en aplicación del criterio de *lex specialis* y en concordancia con lo dispuesto en la ley 1474 de 2011, se debe dar prelación a lo previsto en el artículo 100 de la ley 1474 de 2011. En este contexto, el decreto de las medidas cautelares en el auto de apertura e imputación de responsabilidad fiscal deja de ser un requisito, y, en su lugar, se constituye como requisito de dicho auto el ordenar la investigación de los bienes de las personas que aparezcan como posibles autores de los hechos investigados, así como la emisión de los requerimientos de información necesarios a las autoridades correspondientes.

Sin embargo, dicho requisito se encuentra supeditado al hecho de que en el proceso auditor se pudieran haber identificados o no tales bienes, pues en el caso en que ya se encuentren identificados, el requisito de ordenar la investigación de los bienes de las personas que aparezcan como posibles autores de los hechos investigados en el auto de apertura muta y se convierte en el deber que tiene el funcionario competente de emitir de manera concomitante al auto de apertura e investigación, auto en donde decreta las medidas cautelares sobre los bienes de las personas presuntamente responsables.

En cuanto a la notificación del auto que decreta las medidas cautelares, es importante resaltar que, como regla transversal en todo el proceso de responsabilidad fiscal, las medidas cautelares deben ejecutarse antes de su notificación. En ese sentido, en el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, el auto que las decreta deberá notificarse en estrados una vez las medidas cautelares se hayan hecho efectivas (Ley 1474, 2011, art. 103, inc. 3).

Respecto a la anterior previsión, vale la pena señalar que la Corte Constitucional se ha ocupado de esbozar las razones por las cuales el legislador incluye este tipo de disposiciones, así:

La práctica de las medidas cautelares antes de la notificación del auto que las decreta tiene una razón obvia, y es evitar que el demandado, al conocer que un embargo o un secuestro fueron ordenados, pueda intentar insolventarse a fin de eludir el cumplimiento de la sentencia. Por ende, esa regulación persigue un propósito constitucionalmente relevante, como es asegurar la efectividad de la sentencia. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-490, 2000).

Para el caso puntual de las medidas cautelares en el proceso de

responsabilidad fiscal, el mencionado órgano constitucional ha indicado que éstas tienen su fundamento en la finalidad del proceso, que es proteger el patrimonio público, buscando asegurar la compensación por los daños derivados de una gestión fiscal irregular:

En efecto, estas medidas tienen un carácter precautorio, es decir, buscan prevenir o evitar que el investigado en el proceso de responsabilidad fiscal se insolvente con el fin de anular o impedir los efectos del fallo que se dicte dentro del mismo. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001).

Es por ello que, cuando la norma dispone que el auto que decreta medidas cautelares debe notificarse en estrados, una vez las medidas cautelares se encuentren registradas, busca garantizar que el gestor fiscal investigado no disponga del tiempo necesario para intentar evadir su eventual responsabilidad mediante la insolvencia. Así, las medidas cautelares, al impedir que el demandado se insolvente, posibilitan la eventual compensación de los daños ocasionados por una gestión fiscal irregular, si así se determina en el fallo que culmine el proceso, cumpliendo de esta forma con la finalidad esencial del proceso de responsabilidad fiscal.

Por último, debe indicarse que contra el auto que decreta las medidas cautelares sólo procede el recurso de reposición, el cual debe ser interpuesto, sustentado y resuelto en forma oral, en la audiencia en la que sea notificada la decisión, es decir, en la audiencia de descargos.

3.2.2 Audiencia de Descargos.

Luego de surtida la notificación del auto de apertura e imputación debe realizarse citación para audiencia de descargos a los presuntos responsables fiscales, a sus apoderados, o defensor de oficio si lo tuviere y al garante (Ley 1474, 2011, art. 98, inc. 2 lit. a). En cuanto a la modalidad de la audiencia, esta podrá celebrarse de forma virtual conforme a lo dispuesto en el literal b del artículo 98 de la ley 1474 de 2011.

De acuerdo con el artículo 99 de la ley 1474 de 2011, la audiencia de descargos es la etapa del proceso que tiene como objetivo la intervención de los sujetos procesales, por ello, el investigado puede presentar versión libre, aceptar los cargos y llegar a un acuerdo de pago; también, se realiza la notificación de las medidas cautelares decretadas, la práctica de pruebas, entre otros actos procesales. Concretamente, las actuaciones que se surten en esta etapa del procedimiento son:

1. Ejercer el derecho de defensa.
2. Presentar descargos a la imputación.
3. Rendir versión libre.
4. Aceptar los cargos y proponer el resarcimiento del daño o la celebración de un acuerdo de pago.
5. Notificar medidas cautelares.
6. Interponer recurso de reposición.
7. Aportar y solicitar pruebas.
8. Decretar o denegar la práctica de pruebas.
9. Declarar, aceptar o denegar impedimentos.
10. Formular recusaciones.
11. Interponer y resolver nulidades.
12. Vincular nuevo presunto responsable.
13. Decidir acumulación de actuaciones.
14. Decidir cualquier otra actuación conducente y pertinente. (Ley 1474, 2011, art. 99).

Ahora bien, la audiencia de descargos se adelanta conforme a las siguientes reglas:

a) El funcionario competente para presidir 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, o el defensor de oficio y el garante, o a quien se haya designado para su representación;

b) Si el presunto responsable fiscal no acude a la audiencia, se le designará un defensor de oficio;

c) Si el garante en su calidad de tercero civilmente responsable, o su apoderado previa citación, no acude a la audiencia, se allanarán a las decisiones que en la misma se profieran;

d) Cuando exista causa debidamente justificada, se podrán disponer suspensiones o aplazamientos de audiencias por un término prudencial, señalándose el lugar, día y hora para su reanudación o continuación, según el caso;

e) Solamente en el curso de 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 diligencia. Cuando se denieguen pruebas, procede el recurso de reposición, el cual se interpondrá, sustentará y resolverá en la misma audiencia;

f) La práctica de pruebas que no se pueda realizar en la misma audiencia será decretada por un término máximo de un (1) año, señalando término, lugar, fecha y hora para su práctica; para tal efecto se ordenará la suspensión de la audiencia. (Ley 1474, 2011, art. 100).

La norma dispone que la audiencia de descargos se declarará abierta con la presencia del presunto responsable fiscal y su apoderado si lo tuviere, o el defensor de oficio y el garante, o a quien se haya designado para su representación (Ley 1474, 2011, art. 100, lit. a). En concordancia con lo dispuesto por el mismo cuerpo normativo, en el sentido de que la audiencia se podrá instalar y tendrá validez, aun sin la presencia del presunto responsable, cuando se haya reconocido la personería jurídica del apoderado del presunto responsable fiscal. (Ley 1474, 2011, art. 98, lit. d, inc. 1).

Sin embargo, es de destacar que el inciso segundo de la citada norma dispone que si el apoderado, defensor de oficio, garante o representante designado no asiste a alguna de las sesiones de la audiencia cuando hay solicitudes pendientes de decidir, se entenderá que desisten de la petición, la cual será archivada, y en el caso que se deba sustentar algún recurso, éste se declarará desierto. No obstante, conforme a la Sentencia C-083 de 2015 de la Corte Constitucional, el desistimiento y archivo de la petición o la declaratoria de desierto del recurso no se aplicarán al presunto responsable fiscal cuando este no asista a la audiencia correspondiente, siempre y cuando comparezca su apoderado, cuya personería jurídica haya sido debidamente reconocida en el proceso. Siendo esta interpretación acorde con lo dispuesto en el ya referenciado inciso primero del literal d del artículo 98 que establece la validez de la audiencia, aun sin la presencia del presunto responsable cuando se haya reconocido la personería jurídica de su apoderado.

En cuanto al garante, la norma prevé que si este o su apoderado, previa citación, no acuden a la audiencia de descargos, se allanarán a las decisiones que se profieran en ella (Ley 1474, 2011, art. 100, lit. c).

Respecto a la posibilidad que tiene el presunto responsable fiscal de rendir versión libre en la audiencia de descargos, es importante resaltar que el funcionario del nivel directivo o ejecutivo competente para llevar a cabo dicha diligencia debe informar al presunto responsable que se trata de una declaración voluntaria, sin juramento, libre y espontánea, en la que puede responder los interrogantes que se le formulen si así lo desea. Asimismo, atendiendo a la naturaleza de una “versión libre”, el funcionario competente tendrá que informar que, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución Política, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil” (Const., 1991, art. 33), constituyéndose estas manifestaciones en requisitos sustanciales del acto procesal administrativo.

En este punto es importante resaltar que el hecho de que las actuaciones procesales surtidas en esta audiencia tengan validez con la sola presencia del apoderado del gestor fiscal investigado, ello no implica que, por estar asistido por un abogado de confianza o de oficio, estos puedan rendir la versión libre en su lugar, pues se trata de un medio de defensa que corresponde exclusivamente a la persona implicada. Por ello, no es factible que el presunto responsable delegue a un abogado o a un tercero para que rindan la versión libre y espontánea en su nombre, ya que, según el mandato expreso de la ley (artículo 42 de la ley 610 de 2000)⁹, quien debe ser escuchado en dicha diligencia es el presunto responsable fiscal (Contraloría General de la República, 2017).

De igual manera, en esta audiencia se lleva a cabo toda la actividad probatoria que permitirá al operador fiscal emitir un fallo, ya sea con o sin responsabilidad fiscal. Es relevante destacar que el funcionario encargado debe respetar los principios que guían la función administrativa, la gestión y la acción fiscal, especialmente el principio fundamental del debido proceso y los principios de responsabilidad, eficacia, economía, oportunidad y celeridad, entre otros; por lo tanto, deberá realizar esta actuación procesal probatoria de manera rápida y oportuna, decretando o negando la prueba solicitada. De lo contrario, se podría afectar el plazo de prescripción de la responsabilidad fiscal, lo que podría impedir el resarcimiento del daño al patrimonio público (Auditoría General de la República, 2021).

⁹ De acuerdo con la remisión normativa prevista el artículo 105 de la Ley 1474 de 2011 “En los aspectos no previstos en la presente ley, se aplicarán las disposiciones de la Ley 610 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso verbal establecido en la presente ley”.

En todo caso, las partes tienen la facultad de impugnar las pruebas que se han incorporado al proceso mediante el auto de apertura e imputación, así como aquellas decretadas en la audiencia de descargos y las practicadas de forma posterior, ya sea dentro o fuera de la misma audiencia. En este sentido, la ley prevé que durante dicha audiencia se pueda ejercer el derecho de contradicción sobre todas las pruebas que obran en el proceso, garantizando así la oportunidad de controvertir no solo las pruebas inicialmente incorporadas, sino también las decretadas y practicadas de forma posterior a la realización de la audiencia de descargos, pues recuérdese que esta puede suspenderse y reanudarse en virtud de dicha actuación procesal (Ley 1474, 2011, art. 100, lit. f).

En cuanto a los informes técnicos presentados como pruebas, los cuales están destinados a demostrar o ilustrar hechos que interesen al proceso, se aplicará lo establecido en el artículo 117 de la ley 1474 de 2011. Esto implica que, en el desarrollo de la audiencia de descargos, se debe señalar un término de traslado del informe a las partes para que puedan ejercer su derecho de defensa, y en este sentido, los sujetos procesales puedan objetar total o parcialmente el informe o solicitar aclaraciones, sobre las cuales deberá pronunciarse el autor de los informes técnicos.

Por último, en relación con los recursos que pueden interponerse en esta etapa del proceso, es fundamental tener en cuenta que el artículo 99 de la ley 1474, dentro de las actuaciones previstas para la audiencia de descargos, contempla la interposición del recurso de reposición. Este recurso se concreta mediante las disposiciones subsiguientes del citado cuerpo normativo, las cuales se detallan a continuación.

En primer lugar, el artículo 102 establece que contra el rechazo a la petición de negar la acumulación de actuaciones procede el recurso de reposición, considerando que es una de las actuaciones que se surten en esta etapa del proceso según lo establecido en el numeral 13 del artículo 99.

En segundo lugar, el artículo 102 establece que contra la decisión que deniegue la práctica de pruebas procede el recurso de reposición y en subsidio el recurso de apelación. Sin embargo, el literal e) del artículo 100, al ocuparse de las reglas que rigen la audiencia de descargos, indica que el recurso de reposición procede cuando se deniegue la solicitud de la práctica de pruebas, el cual debe sustentarse y resolverse dentro de la misma audiencia, dejando así de lado la posibilidad de interponer de manera subsidiaria el recurso de apelación. Lo anterior deja evidentes dudas respecto a cuál es la regla que rige el particular en esta audiencia, por ello, es necesario realizar una lectura integral de los citados artículos, atendiendo a que el mismo artículo 102 establece el criterio según el cual se sabrá cuándo procede únicamente recurso de

reposición y cuándo procede tanto este como el de apelación, al indicar que

El recurso de reposición procede cuando la cuantía del presunto daño patrimonial estimado en el auto de apertura e imputación sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada con los hechos y tendrá recurso de apelación cuando supere la suma señalada. (Ley 1474, 2011, art. 102).

Así, en lo que tiene que ver con la decisión que niega la práctica de pruebas, deberá entenderse que procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, cuando la cuantía del presunto daño patrimonial sea superior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada, en caso contrario, sólo será procedente el recurso de reposición.

En igual sentido, se deberá considerar la procedencia del recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la decisión que resuelve las solicitudes de nulidad y contra el auto que decreta las medidas cautelares, conforme a lo contemplado en el citado artículo 102 de la ley 1474 de 2011.

3.2.3 Audiencia de Decisión

En el marco de esta audiencia, el funcionario competente realizará una exposición exhaustiva de los hechos, las pruebas presentadas, la defensa y los alegatos finales. El funcionario determinará si existen elementos probatorios suficientes que permitan establecer con certeza la existencia o inexistencia de un daño al patrimonio público, así como su cuantificación. Asimismo, se procederá a la individualización y evaluación de la conducta del gestor fiscal, determinando si actuó con dolo o culpa grave, y se analizará la relación de causalidad entre dicha conducta y el daño ocasionado. Adicionalmente, se establecerá si surge una obligación de resarcir el daño mediante el pago de una suma líquida de dinero. Finalmente, en la misma audiencia, se emitirá un fallo motivado, ya sea con o sin responsabilidad fiscal, el cual deberá dar cuenta del análisis de cada uno de los puntos mencionados.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 101 de la ley 1474 de 2011, la audiencia de decisión se tramitará conforme a las siguientes reglas:

a) El funcionario competente para presidir la audiencia de decisión, la declarará abierta con la presencia del funcionario investigador fiscal, 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) Se concederá el uso de 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. Para tal efecto, la audiencia se podrá suspender por un término máximo de veinte (20) días, al cabo de los cuales la reanudará y se procederá a dictar el fallo correspondiente, el cual se notificará en estrados. El responsable fiscal, su defensor, apoderado de oficio o el tercero declarado civilmente responsable, deberán manifestar en la audiencia si interponen recurso de reposición o apelación según fuere procedente, caso en el cual lo sustentará dentro de los diez (10) días siguientes;

e) La cuantía del fallo con responsabilidad fiscal será indexada a la fecha de la decisión. La providencia final se entenderá notificada en estrados en la audiencia, con independencia de si el presunto responsable o su apoderado asisten o no a la misma. (Ley 1474, 2011, art. 101).

Como se puede evidenciar, la audiencia de decisión es fundamental en el proceso de responsabilidad fiscal ya que es el momento del proceso en el cual se da cuenta de la evaluación detallada y exhaustiva de los hechos y pruebas presentadas, garantizando el análisis de la existencia de daño al patrimonio público, su cuantificación, y la conducta del gestor fiscal bajo los parámetros de dolo o culpa grave previstos en el artículo 118 de la ley 1474 de 2011¹⁰. Así, la estructura normativa descrita, conforme al artículo 101 de la ley *ibidem*, está diseñada para atender los derechos procesales del presunto responsable, permitiendo la presentación de alegatos y recursos, a la par que le exige al funcionario competente el estudio juicioso de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal en el caso concreto.

Frente al fallo y el consecuente análisis de culpabilidad, es pertinente señalar

¹⁰ El cual establece el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal y las presunciones de ley aplicables.

que el Consejo de Estado en Sentencia del 08 de mayo de 2014, precisó que dicho análisis se realiza teniendo en cuenta la conducta del sujeto, el daño cierto causado a la entidad, y la relación de causalidad entre la conducta y el daño, teniendo en cuenta que el Código Civil en su artículo 63 define la culpa grave o lata como la negligencia consistente en no manejar los negocios ajenos (en este caso los públicos), con el cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia n° 76001-23-31-000-2007-00153-01, 2014).

Lo anterior, atendiendo la jurisprudencia del máximo órgano constitucional, que desde la Sentencia C-619 de 2002 estableció que el criterio de imputación en materia de responsabilidad fiscal debe ser el dolo o la culpa grave. Concretamente, en pronunciamiento más recientes, reiteró mediante Sentencia C- 338 del 4 de junio de 2014 que el criterio de la imputación en el proceso de responsabilidad fiscal es siempre subjetivo, pues se basa en el dolo o la culpa grave del procesado. Es decir, en el marco constitucional actual no podría establecerse por parte del legislador un régimen de responsabilidad fiscal que tuviera como fundamento la culpa o la culpa leve, por cuanto desde el punto de vista del sujeto del proceso de responsabilidad dichos criterios son más exigentes que la culpa grave. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-338, 2014).

Ahora bien, la posibilidad de suspender la audiencia por un término de hasta veinte días para emitir un fallo motivado, y la notificación en estrados del mismo, es razonable dada la complejidad del análisis que el operador fiscal debe llevar a cabo sobre todas las actuaciones realizadas en el proceso. Este periodo extendido es crucial para esclarecer cada uno de los elementos constituyentes de la responsabilidad fiscal, asegurando así un fallo fundamentado y justo, lo cual no solo es garantía para el gestor fiscal procesado, sino que también protege los intereses del Estado al asegurar que se tome una decisión informada y precisa respecto a la reparación de los daños ocasionados al patrimonio público.

Por último, contra el fallo que declara responsabilidad fiscal proceden los recursos de reposición y apelación, dependiendo de la cuantía determinada en el auto de apertura e imputación, según lo dispuesto por el ya citado artículo 102 de la ley 1474. Estos deben interponerse en la audiencia de decisión, sustentarse dentro de los diez días siguientes a ésta y resolverse dentro de los dos meses siguientes a su sustentación. Tratándose del recurso de apelación, éste se tramitará mediante la remisión del expediente al superior competente, quien tomará la decisión por escrito y la devolverá al funcionario de primera instancia, dentro del término señalado.

3.2.4. Segunda instancia.

Conforme al artículo 110 de la ley 1474 de 2011, el proceso de responsabilidad fiscal verbal será de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial, estimado en el auto de apertura e imputación o de imputación de responsabilidad fiscal, sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada y será de doble instancia cuando supere dicha cuantía.

Ahora bien, la ley 1474 de 2011 no especifica el procedimiento para tramitar la segunda instancia. Por lo tanto, se debe recurrir al artículo 57 de la Ley 610 de 2000, que establece que el funcionario de segunda instancia debe decidir dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la recepción del proceso y para ello, podrá decretar de oficio las pruebas necesarias para resolver la apelación, con un término máximo de diez (10) días hábiles, pudiendo comisionar para su práctica.

Posteriormente, el funcionario emitirá la decisión de segunda instancia. Si se declara la responsabilidad fiscal y el fallo queda en firme, este tendrá mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, haciéndose efectivo en la jurisdicción coactiva de las contralorías, conforme al artículo 56 y 58 de la ley 610 de 2000.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las figuras de la aclaración o complementación de las decisiones no son aplicables al proceso de responsabilidad fiscal. Lo anterior, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, que en Sentencia del 23 de julio de 2015 estableció que “tal solicitud no es un recurso y, en consecuencia, no modifica la fecha de ejecutoria del fallo definitivo” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia n° 25000-23-24-000- 2007-00458-01, 2015). En otros términos, el fallo adquiere fuerza ejecutoria desde el mismo momento en que se decide el correspondiente recurso y lo ponen en conocimiento del investigado, por ende, ni siquiera en los eventos de corrección formal del acto administrativo, se afecta dicha ejecutoria o reviven los términos legales.

Por último, el fallo que declare la responsabilidad fiscal puede ser impugnado ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con el artículo 59 de la ley 610 de 2000 y el artículo 138 del C.P.A.C.A. Frente a ello, el Consejo de Estado en Sentencia del 16 de diciembre de 2019, ha precisado lo siguiente:

para los procesos de dicha naturaleza no resulta en modo alguno necesario incluir la resolución concerniente al recurso de reposición, dentro de las peticiones de la demanda, para que aquellas se entiendan cabalmente

individualizadas, habida cuenta que el artículo 59 de la Ley 610 establece 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. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia n° 41001233100020020111101, 2019).

En este sentido, el acto que puede ser impugnado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, es el fallo que declara la responsabilidad fiscal, una vez éste se encuentre en firme. Solo en este punto, cuando la resolución es definitiva, se puede recurrir a la jurisdicción contenciosa administrativa para buscar la revisión y posible anulación de la decisión fiscal, garantizando así la protección de los derechos de los cuales son titulares los sujetos procesales y el cumplimiento de la legalidad en los procedimientos administrativos.

3.3. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DE FALLOS CON RESPONSABILIDAD FISCAL. Consagración, inaplicación y prematura inexecutableidad.

3.3.1. Consagración normativa y procedimiento.

Novedad introducida por el artículo 23 de la Ley 2080 de 2021, que adicionaba el artículo 136A al CPACA. La referida disposición normativa, establecía que los fallos de responsabilidad fiscal tendrían control de legalidad automático e integral ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ejercido por “las salas especiales conformadas por el Consejo de Estado cuando dichos fallos sean proferidos por la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República, o por los Tribunales Administrativos cuando emanen de las contralorías territoriales” (Ley 2080, 2021, art. 23). Examinándose así que las actuaciones hechas en el marco del procedimiento de responsabilidad fiscal, se hayan dado con estricta observancia del debido proceso, el principio de legalidad, de transparencia e imparcialidad.

El trámite comenzaba con la remisión del fallo de responsabilidad fiscal y el antecedente administrativo que lo contiene, a la a la secretaría del respectivo despacho judicial para su reparto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la firmeza del acto definitivo.

Y en consonancia, el artículo 45 de la Ley 2080 de 2021, disponía el desate de trámite en los siguientes términos:

Recibido el fallo con responsabilidad fiscal y el respectivo expediente administrativo, se surtirá lo siguiente:

1. Mediante auto no susceptible de recurso, el magistrado ponente admitirá el trámite correspondiente, en el que dispondrá que se fije en la secretaría un aviso sobre la existencia del proceso por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo, así mismo en el auto admisorio se correrá traslado al Ministerio Público para que rinda concepto dentro del mismo término; se ordenará la publicación de un aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; así como la notificación al buzón de correo electrónico dispuesto para el efecto, a quien según el acto materia de control, hubiere sido declarado responsable fiscal o tercero civilmente responsable y al órgano de control fiscal correspondiente.
2. Cuando lo considere necesario para adoptar decisión, podrá decretar las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días.
3. Vencido el término de traslado o el periodo probatorio cuando a ello hubiere lugar, el magistrado ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de entrada al despacho para sentencia.
4. La sala de decisión proferirá sentencia dentro de los veinte (20) días siguientes al registro del proyecto de fallo, que incluirá, entre otros, el control de legalidad sobre la inhabilidad derivada de la inclusión en el Boletín de Responsables Fiscales la cual se entenderá suspendida hasta el momento en que sea proferida la sentencia respectiva. Si encontrare que se configuró alguna de las causales de nulidad previstas por el artículo 137, así lo declarará y adoptará las demás decisiones que en derecho correspondan. La sentencia proferida en ejercicio del control automático se notificará personalmente a la contraloría, a quien hubiere sido declarado responsable fiscal o tercero civilmente responsable, y al Ministerio Público, al buzón de correo electrónico dispuesto para el efecto; y por anotación en el estado, a los demás intervinientes y será susceptible de recurso de apelación que será decidido por salas especiales conformadas por la corporación competente, en caso de que el fallo de primera instancia sea proferido por el Consejo de Estado la apelación será resuelta por una sala especial diferente a aquella que tomó la decisión. La sentencia ejecutoriada en ejercicio del control automático tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes y se notificará en la

forma dispuesta en el presente numeral. (Ley 2080, 2021, art. 45)

3.3.2. Inaplicación jurisprudencial del control inmediato de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal.

El Consejo de Estado comenzó de forma celera a pronunciarse sobre la aplicación del citado control inmediato de legalidad, ya que vía remisión debía estudiar la conducencia para avocar conocimiento. Las primeras providencias fueron caracterizadas (en un comienzo) por su antagonía, pero a posteriori, fue proferido Auto de Sala Plena adoptando una posición unificada.

Inicialmente algunas providencias de esta Alta Corporación avocaron conocimiento y desate del trámite de control inmediato. Ejemplo de dicha postura es el Auto del 20 de abril de 2021, mediante el cual la Sala Especial de Decisión No. 10 decide:

AVOCAR conocimiento, para su control automático de legalidad (CAL), en primera instancia, del fallo con responsabilidad fiscal de 10 de noviembre de 2020, expedido por la Gerencia Departamental Colegiada del Chocó, de la Contraloría General de la República (CGR), en el proceso de responsabilidad fiscal Nro 2016-596. (Consejo de Estado, Sala Plena, Auto 11001-03-15-000-2021-01415-00, 2021)

Por el contrario, otros pronunciamientos negaron la avocación y trámite. Bajo este criterio, Sala Especial de Decisión No.7 mediante Auto 01175 del 28 de abril de 2021 (C.P. Martín Bermúdez Muñoz) se abstuvo de avocar conocimiento y desatar el control inmediato de legalidad aplicando la excepción de inconstitucionalidad a los artículos 23 y 45 de la ley 2080 de 2021.

Respecto a la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, ha indicado que:

La excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no puede dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de

una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política. (Corte Constitucional, Sala Plena, SU 132, 2013)

Por otra parte, respecto al auto mencionado con anterioridad, en relación con el fallo de responsabilidad fiscal indica:

A juicio del Despacho las dos disposiciones anteriores desconocen la función constitucional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a la que le corresponde juzgar los actos de la administración, restablecer los derechos de los particulares y disponer la reparación de los perjuicios que se les causen con tales actos. (...) Como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 23 y 45 de la ley 2080 de 2020, las personas naturales y jurídicas afectadas con el fallo de responsabilidad fiscal remitido para <<control automático de legalidad>> resultan privadas del derecho: (i) a formular, dentro término de caducidad previsto en la ley, una demanda en la cual puedan ejercer los derechos que son de su exclusiva disposición, porque se refieren a un acto particular, que les afecta exclusivamente; (ii) a solicitar la suspensión del acto administrativo que contiene el fallo remitido; (iii) a solicitar y allegar medios de prueba y recurrir la decisión que los niegue; y (iv) a formular alegatos antes de que se profiera sentencia. (...) El control inmediato de legalidad también priva a las personas afectadas con el fallo remitido de la posibilidad de solicitar el restablecimiento de sus derechos o reclamar el pago de los perjuicios que tal decisión les hubiere podido causar, los cuales podrían reclamar en ejercicio de la acción procedente contra los actos particulares, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho. (...) El procedimiento regulado en artículo 45 de la ley 2080 no garantiza el acceso a la administración de justicia de los afectados con el acto administrativo que declara la responsabilidad fiscal, lo que genera una violación al derecho a la igualdad, frente a la posibilidad que tienen todas las personas de impugnar los actos que le afecten. (Consejo de Estado, Sala Séptima Especial de Decisión, Auto 11001-03-15-000-2021-01175-00, 2021)

Bajo el mismo criterio, la Sala Especial de Decisión No. 26 mediante Auto 01545 del 06 de mayo de 2021, resolvió inaplicar los artículos 23 y 45 de la ley 2080 de 2021 por ser contrarios a los artículos 29, 229, 237 y 238 de la Constitución y en consecuencia NO avocar conocimiento (Consejo de Estado, Sala Plena, Auto No. 11001-03-15-000-2021-01606-00, 2021).

Siguiendo esta postura, la Sala Especial de Decisión No. 23, por medio del Auto 01606 del 12 de mayo de 2021 también ordenó inaplicar los artículos 23 y 45 de la

ley 2080 de 2021 por considerar que violan a su vez los artículos 13, 29, 90, 228, 229 y 238 de la Constitución Política y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Conforme a esta decisión se abstiene de desatar el control automático de legalidad (Consejo de Estado, Sala Plena, Auto No. 11001-03-15-000-2021-01608-00, 2021).

Finalmente, el Consejo de Estado con el objeto de adoptar una posición unificada sobre el tema sub examine, profirió el Auto de Sala Plena No. 11001031500020210117501 del 29 de junio de 2021, mediante el cual decide declarar la excepción de inconventionalidad e inconstitucionalidad de los artículos 23 y 45 de la ley 2080 de 2021 por considerar que violan los preceptos superiores contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 13, 29, 90, 228, 229 y 267 de la Constitución Política de 1991 (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto 11001-03-15-000-2021-01175-01, 2021).

No obstante, resulta oportuno anotar que la excepción de inconstitucionalidad tiene efectos inter partes y su vinculación se circunscribe al caso concreto, ya que el competente para pronunciarse en sede de control abstracto de constitucionalidad (con efectos erga omnes) es la Corte Constitucional conforme a lo previsto en el artículo 241 superior.

Sobre la figura de la excepción de inconstitucionalidad sostiene Quiroga (2020):

Tiene efectos inter partes: Aunque la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad protege el ámbito del derecho objetivo, sus efectos son inter partes, es decir, solo vincula a las partes sujetas al caso en concreto, a los contradictores procesales o extremos de la actuación judicial o administrativa (según sea el caso). Por lo tanto, la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad no excluye el control ex – post que pueda hacer la Corte Constitucional o el Consejo de Estado en ejercicio del control concentrado respecto de las normas sujeto de la inaplicación, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o de nulidad por inconstitucionalidad que se promueva sobre las mismas, ya que dicho control (el concentrado) tiene efectos erga omnes y se realiza de forma general y abstracta. (p. 174)

3.3.3. *Control Inmediato de legalidad y su relación con el ordenamiento convencional. Fundamentos de su inexequibilidad.*

La Corte Constitucional mediante sentencia C-091 de 2022 declaró inexecutable los artículos 23 y 45 de la ley 2080 de 2021 al considerar que la consagración del control inmediato de legalidad para los fallos con responsabilidad fiscal violaba a su vez los artículos 13, 29, 90, 228, 229 y 267 de la Constitución y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-091, 2022).

Valga la pena mencionar nuevamente el Auto No. 11001031500020210117501 del 29 de junio de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo había aplicado la excepción de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de los artículos 23 y 45 de la ley 2080 de 2021.

Los principales argumentos esgrimidos por la Corte (recogiendo parcialmente la posición del Consejo de Estado sobre la materia), giran en torno a deprecar el nuevo medio de control previsto por el legislador porque:

(i) Desconoce la función constitucional de la jurisdicción contencioso administrativa.

(ii) Viola el derecho de igualdad de los afectados con el fallo de responsabilidad fiscal al despojarlos de la posibilidad de impugnar los actos administrativos que los afecte.

(iii) Priva el acceso a la administración de justicia a los afectados con el fallo de responsabilidad fiscal para reclamar el restablecimiento de sus derechos y el concomitante reconocimiento de los perjuicios a que haya lugar.

(iv) Desconoce el derecho convencional que tiene toda persona a ser oída y con garantías ante un juez o tribunal competente.

(v) Atenta contra la tutela judicial efectiva, ya que este mecanismo está desprovisto de las etapas de contradicción y defensa material.

Se advierte que, en los dos temas en cita, la Corte Constitucional aplicó el precedente convencional de forma directa y a título de rango superior sin realizar ningún “test de armonización”, razón por la cual, el estándar fue aplicado de forma amplia y directa.

4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.

4.1. Con la expedición de la Constitución Política de 1991, se instituyó la responsabilidad fiscal como un tipo de responsabilidad autónoma e independiente de otras, emanada directamente del género de responsabilidad que tiene como origen específico el artículo 6 de la Constitución Política, y caracterizada por tener como objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público por una gestión fiscal irregular.

4.2. La responsabilidad fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano se rige por el criterio selectivo imperante en la identificación de los servidores públicos que pueden ser declarados fiscalmente responsables. Pues no todo servidor público, por el simple hecho de serlo, puede ser objeto de esta declaración, sino que la calidad crucial y vinculante para ser sujetos pasivos de dicho proceso es indicada según sus funciones, a saber, ejercer actividades propias de la gestión fiscal, en donde incluso, un particular puede ser objeto de investigación por parte de los entes de Control fiscal si ejercen actividades de esta naturaleza.

4.3. La gestión fiscal se refiere a un conjunto complejo e interdisciplinario de actividades tendientes a gestionar de la mejor manera posible los recursos del Estado y las rentas que estos puedan generar para el erario público; lo cual implica la utilización conjunta de herramientas tecnológicas, financieras y jurídicas que deben ser usadas de manera armónica para lograr su adecuado manejo, teniendo en cuenta los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales, propios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

4.4. La responsabilidad fiscal se estructura a través de estos elementos: (i) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado; (ii) un daño patrimonial al Estado; (iii) un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

4.5. El proceso de responsabilidad fiscal consiste en una serie de actuaciones administrativas, tanto materiales como jurídicas, que con el estricto respeto de los principios constitucionales del debido proceso y del derecho a la defensa en todas sus etapas, adelantan los órganos de control fiscal de manera oficiosa e imparcial, con el fin de establecer la responsabilidad específica de un agente público o particular, que haya generado con su conducta dolosa o gravemente culposa en el manejo de los recursos públicos, un detrimento patrimonial al Estado.

4.6. El proceso de responsabilidad fiscal se adelanta conforme al procedimiento ordinario contenido en la Ley 610 de 2000, la Ley 1437 de 2011 y las modificaciones hechas por la Ley 1474 de 2011 y 2080 de 2021. Adicionalmente, por el procedimiento verbal, creado por la Ley 1474 de 2011, en los casos específicos en los que, del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. Así, el procedimiento de responsabilidad fiscal, tanto ordinario como verbal, se compone de la etapa de apertura del proceso y de imputación, decreto y práctica de pruebas, y fallo.

4.7. Con la expedición de la Ley 2080 de 2021, se estableció el control de legalidad automático e integral ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de los fallos de responsabilidad fiscal, con el objeto de verificar que las actuaciones hechas en el marco del procedimiento de responsabilidad fiscal, se hayan dado con estricta observancia del debido proceso, el principio de legalidad, de transparencia e imparcialidad. No obstante, el Consejo de Estado mediante Auto de Sala Plena¹¹, se abstuvo de avocar conocimiento, tramitar y fallar éste nuevo medio de control, inaplicando los artículos 23 y 45 de la ley 2080 de 2021 por considerar que violan los preceptos superiores contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 13, 29, 90, 228, 229 y 267 de la Constitución Política de 1991, argumentos que, sirvieron de base para que posteriormente, la Corte Constitucional para declarara la inexequibilidad del referido mecanismo (mediante sentencia C-091 de 2022), eliminando del ordeamiento jurídico dicho medio de control.

¹¹ (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto 11001-03-15-000-2021-01175-01, 2021)

Anexos

I. ANEXO. CUADRO DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

Sentencias de constitucionalidad generadas por demandas a la ley 610 de 2000.

En el presente anexo, se desarrolla un cuadro de análisis jurisprudencial, relacionando las sentencias de control de constitucionalidad que la Corte Constitucional produjo respecto del control abstracto de la ley 610 de 2000 destacando (i) la referencia de la providencia (ii) el problema o problemas jurídicos abordados en la sentencia y (iii) la decisión adoptada por la Corporación.

Tabla 18
Análisis Jurisprudencial

w

SENTENCIA	PROBLEMA JURÍDICO	DECISIÓN
<p>C-364/01</p> <p>(Demanda en contra del artículo 63 de la Ley 610 de 2000)</p> <p>Artículo derogado por el artículo 166 del Decreto Ley 403 de 2020</p>	<ul style="list-style-type: none"> ¿La posibilidad de que la Contraloría General de la República adelante los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de su facultad excepcional de control, es lesiva de la autonomía de las entidades territoriales? ¿Tal atribución excede la órbita de competencias que le asigna el artículo 267 Superior a la Contraloría General? 	<p>La Corte decidió declarar exequible el artículo 63 de la ley 610 del año 2000.</p> <p>La Contraloría General de la República tiene atribuciones conferidas por la ley, para intervenir frente a los recursos exógenos que tienen los entes territoriales, no obstante, respecto a los recursos endógenos, tan solo puede intervenir de manera excepcional. Por ende, debido a que los procesos de Responsabilidad Fiscal son una forma de vigilar el uso de los recursos públicos, llevar a cabo estos procesos con base en la intervención excepcional no es una actuación inconstitucional. Lo anterior, tomando en consideración el debido proceso, ya que, se permite el desarrollo de un procedimiento en específico, el cual permite al investigador ejercer su derecho de defensa, contradicción, y demás garantías que otorga la Constitución (Corte Constitucional, Sala, Plena, C-364, 2001).</p>
<p>C-840/01</p> <p>(Demanda en contra del artículo 1, 4, 6, 12 y 41 parciales de la Ley 610 de 2000)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ¿Es el artículo 1 de la Ley 610 de 2000 violatorio de los artículos 90 y 267 de la Constitución, al establecer que el proceso de responsabilidad fiscal se adelanta cuando se cause un daño al patrimonio del Estado con ocasión de ésta? 	<p>La Corte decidió declarar exequible la expresión “con ocasión de ésta, establecida en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, teniendo en cuenta que, los actos que la materializan comportan una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal</p> <p>La Corte decidió declarar exequible esta expresión, con base en los siguiente:</p>

C-840/01

(Demanda en contra del artículo 1, 4, 6, 12 y 41 parciales de la Ley 610 de 2000)

- ¿Es el artículo 4 de la Ley 610 de 2000 contrario al artículo 268-5 de la Carta, al disponer que el objeto de la responsabilidad fiscal no es sólo determinar los daños sufridos por el Estado, sino el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal?
- ¿Es la palabra “contribuyan”, contenida en el artículo 6 de la ley 610 de 2000 contraria al art. 267 superior en cuanto permite que personas ajenas al manejo directo de bienes del Estado, sean objeto de responsabilidad fiscal?
- ¿El artículo 12 de la Ley 610 de 2000 infringe el artículo 90 de la Constitución que consagra la responsabilidad de los servidores públicos, al establecer que los

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. 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. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001)

Se declaró exequible el aparte del artículo 4 de la ley 610 de 2000 que indica: “mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”:

En cuanto a este aparte del artículo 4 la Corte señaló:

El objeto de la responsabilidad fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal, esa reparación debe enmendar integralmente los perjuicios que se hayan causado, esto es: incorporando el daño emergente, el lucro cesante y la indexación a que da lugar el deterioro del valor adquisitivo de la moneda. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001)

También se declaró EXEQUIBLE la palabra “contribuyan” contenida en el artículo 6 de la ley 610 de 2000:

Para tomar esta decisión, la Corte tuvo en cuenta lo siguiente:

El talante descriptivo de la norma censurada no provoca duda alguna en cuanto al fin

funcionarios que decreten medidas cautelares en el proceso de responsabilidad fiscal, sólo responderán por los perjuicios que causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe?.

- ¿Es el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 610 de 2000 contrario a los art. 29 y 83 superiores, al prever el decreto de las medidas cautelares, cuando a ellas hubieren lugar, como requisito del auto de apertura de investigación?

primordial de su contenido: definir el daño patrimonial al Estado. Aclarando que dicho daño puede ser ocasionado por los servidores públicos o los particulares que causen una lesión a los bienes o recursos públicos en forma directa, o contribuyendo a su realización. Se trata entonces de una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Donde, además, no se hace referencia alguna a las autoridades competentes para conocer y decidir sobre las responsabilidades que puedan dimanar de unas tales conductas. Así, cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o participe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal. 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. Advirtiéndose 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 prescritas por la ley. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001)

Declarar EXEQUIBLE el aparte demandado del artículo 12 de la ley 610 de 2000 que establece “este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe”, por los cargos analizados en esta sentencia. Además, aclaró que el funcionario es responsable, en caso de actue con dolo o con culpa grave:

En cuanto al artículo 12, la Alta Corte dispuso lo siguiente:

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 acompaña nítidamente con las formas de culpabilidad que concentra la Constitución en su artículo 90. En cuanto a la mala fe expresa que la Carta Política dispone 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, 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. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001)

La Corte declaró EXEQUIBLE el numeral 7 del artículo 41 de la ley 610 de 2000

Respecto al numeral 7 del artículo 41 de la ley en mención, la autoridad manifestó lo siguiente:

Las medidas cautelares son pues, independientes de la decisión de condena o de exoneración que recaiga sobre el investigado como presunto responsable del mal manejo de bienes o recursos públicos. Pretender que éstas sean impuestas solamente cuando se tenga certeza sobre la responsabilidad del procesado carece de sentido, pues se desnaturaliza su carácter

		<p>preventivo, teniendo en cuenta que ellas buscan, precisamente, garantizar la finalidad del proceso, esto es, el resarcimiento. En esta perspectiva las medidas cautelares pueden ser decretadas en cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal, habida consideración de las pruebas que obren sobre autoría del implicado, siendo la primera oportunidad legal para el efecto la correspondiente a la fecha de expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal. No antes. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-840, 2001)</p>
<p>C-366/01</p> <p>(Demanda en contra del artículo 63 de la Ley 610 de 2000)</p>	<p>¿La posibilidad de que la Contraloría General de la República adelante los procesos de responsabilidad fiscal que se originen como consecuencia del ejercicio de su facultad excepcional de control, es lesiva de la autonomía de las entidades territoriales?</p>	<p>La Corte dispuso que debía tenerse en cuenta la decisión proferida en la sentencia C-364 de 2001, la cual declaró exequible el artículo 63 de la ley 610 del 2000.</p> <p>La Corte evidenció que ya existía un pronunciamiento frente al artículo demandado (art. 243 const), por lo tanto, operó el fenómeno procesal denominado Cosa Juzgada Constitucional (Corte Constitucional, Sala Plena, C-366, 2001).</p>
<p>C-477/01</p> <p>(Demanda en contra del artículo 20 de la Ley 610 de 2000)</p>	<p>¿El artículo 20 de la Ley 610 de 2000 quebranta los artículos 1º, 2º, 13, 20, 23, 25, 29, 73, 74 y 95 numeral 5º superiores relativos a la publicidad de las actuaciones administrativas y a la participación ciudadana en el control de la función pública, al establecer la reserva en el proceso de responsabilidad fiscal hasta el momento de su terminación?</p>	<p>Se declaró exequible el artículo 20 de la Ley 610 de 2000, bajo el entendido que:</p> <p>La reserva a que se refiere deberá levantarse tan pronto se practiquen efectivamente las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica, salvo las expresiones “hasta su culminación” y “hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal”, que se declaran INEXEQUIBLES. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-477, 2001).</p> <p>La Corte encuentra que debe reiterar la posición antes adoptada en la Sentencia C- 038 de 1996, toda vez que la norma que examina reproduce la desproporción en la reserva dentro del proceso de responsabilidad fiscal, e incluso la incrementa con grave deterioro del principio de participación ciudadana en el control fiscal, y del derecho del ciudadano al acceso a los documentos públicos (Art. 74 C.P).</p>

C-557/01**(Demanda en contra del artículo 59 de la Ley 610 de 2000)**

El actor considera que la norma demandada parcialmente restringe el acceso a la administración de justicia al señalar que solamente será demandable el acto con el que termina el proceso de responsabilidad fiscal; por ende, desconoce el derecho al debido proceso al impedir el control judicial de los demás actos administrativos que se profieren durante el trámite mencionado. Así mismo, estima que la disposición cuestionada limita, sin justificación alguna, las facultades del juez contencioso administrativo, pues éste únicamente podrá estudiar la legalidad del acto con el que concluye el proceso de responsabilidad fiscal y no la totalidad de la actuación administrativa.

Por ello, declarará la inexequibilidad de las expresiones “hasta su culminación” y “hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal” contenidas en el artículo 20 de la Ley 610 de 2000, y la exequibilidad condicionada del resto de la disposición, bajo el entendido que la reserva deberá levantarse tan pronto se practiquen las pruebas a que haya lugar y, en todo caso, una vez expire el término general fijado por la ley para su práctica (Corte Constitucional, Sala Plena, C-477, 2001).

La Corte declaró exequible la expresión “solamente”, consagrada en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000:

La Corte Constitucional señaló lo siguiente:

La norma demandada no impide el acceso a la justicia para demandar los actos preparatorios o de trámite, simplemente lo condiciona: primero, el interesado debe esperar a que termine el proceso de responsabilidad fiscal; y, segundo, debe demandar el acto que le puso fin al proceso para mostrar la relevancia de la irregularidad previa para la decisión final. Ambas condiciones son adecuadas para asegurar que la administración de justicia no sea perturbada ni sobrecargada. Así, si el implicado en el proceso de responsabilidad fiscal pretende cuestionar la validez de las actuaciones surtidas dentro de dicho procedimiento, tendrá que impugnar judicialmente la resolución final de dicho trámite; en otras palabras, es requisito de procedibilidad de la acción que la actuación administrativa haya terminado y que el acto que resuelve definitivamente el asunto esté en firme. La norma demandada no impide de manera absoluta que los actos preparatorios o de trámite sean controvertidos ante los jueces competentes sino que fija condiciones de tiempo -hay que esperar a que termine el proceso de responsabilidad fiscal- y de modo -debe demandarse el acto que le puso fin al correspondiente proceso para mostrar la relevancia de la irregularidad previa en la decisión final-. Además, no sobra advertir que en el juicio de responsabilidad fiscal se permite que las irregularidades sean corregidas a lo largo del proceso, al tenor del artículo 37 de la Ley 610 de 2000 que hace referencia al saneamiento de nulidades. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-557, 2001)

C-619/01

**(Demanda en
contra el inciso
primero del artículo
67 de la Ley
610 de 2000)**

Corresponde a la Corte establecer si la aplicación ultraactiva de las normas de procedimiento contenidas en la legislación anterior (Ley 42 de 1993), respecto de los procesos de responsabilidad fiscal que se encuentren en la etapa de juicio, y el efecto general inmediato de la nueva ley (Ley 610 de 2000), respecto de los mismos procesos cuando no han llegado a tal etapa, desconoce el principio de igualdad, y la garantía del debido proceso.

Se declaró la exequibilidad del inciso primero del artículo 67 de la Ley 610 de 2000:

Respecto al artículo 67 de la ley 610, se indicó lo siguiente:

Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos. Así, la solución adoptada además de no desconocer las normas superiores referentes a los efectos de las leyes en el tiempo no resulta tampoco discriminatoria, porque parte de la base de la distinta situación fáctica y jurídica en que se encuentran las personas que se someten a diferente regulación legislativa. De esta manera no se da el supuesto básico que está a la base de cualquier juicio de igualdad. Efectivamente, la jurisprudencia ha considerado que no se presenta un trato discriminatorio cuando: (i) La situación de hecho de la que se parte es distinta. (ii) La decisión de dar un trato diferente está fundada en un fin aceptado constitucionalmente. Y (iii), la consecución de dicho fin por los medios propuestos es posible y además adecuada. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-619, 2001)

<p>C-183/02</p> <p>(Demanda en contra del artículo 55 de la Ley 610 de 2001)</p>	<p>¿Existe una omisión legislativa relativa que vulnera los artículos 29 y 31 de la Carta, al artículo 55 no establecer qué recursos proceden contra el fallo que se emite en el proceso de responsabilidad fiscal?</p>	<p>La Corte dictó sentencia inhibitoria respecto a la demanda presentada contra el artículo 55 de la ley 610 de 2000:</p>
		<p>La Corte se declaró inhibida, de acuerdo con las siguientes razones:</p>
		<p>El actor no cumplió con las mínimas exigencias impuestas por la ley que posibilitan el surgimiento del debate jurídico que es consustancial al proceso de constitucionalidad. Frente a la cuestión de fondo, la Corte precisa que en el art. 55 demandando se encuentran estas dos normas: a. La notificación, en la forma y términos establecidos en el Código Contencioso Administrativo, de la providencia que decide el proceso de responsabilidad fiscal; y b. La procedencia, contra esa providencia, de los recursos establecidos en el Código Contencioso Administrativo, interpuestos y sustentados por quienes tengan interés jurídico y ante los funcionarios competentes. En cuanto al contexto de la Ley 610 de 2000, hay que indicar que en ella se advierten múltiples referencias que corroboran la procedencia, contra la providencia que decida el proceso de responsabilidad fiscal, de los recursos señalados en el Código Contencioso Administrativo. Así ocurre con la alusión a la ejecutoria de las providencias que ponen fin al proceso de responsabilidad fiscal, al trámite de la segunda instancia, a la demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa del acto administrativo en firme con el que termina la actuación y al conocimiento de los contralores, como funcionarios de segunda instancia, de la apelación interpuesta contra los actos proferidos por los delegatarios - Artículos 56, 57, 59 y 64 de la Ley 610. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-183, 2002)</p>
<p>C-619/02</p> <p>(Demanda en contra del artículo 4º párrafo 2º y el artículo 53 parcial de la Ley 610 de 2000)</p>	<p>¿Son el párrafo 2º del artículo 4º, y la expresión “leve” contenida en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, violatorios del artículo 90 inciso segundo de la Constitución Política al establecer como fuente de responsabilidad una culpa de grado inferior al impuesto por la Carta: conducta dolosa y gravemente culposa?</p>	<p>La Corte Constitucional declaró inexecutable el párrafo 2º del artículo 4º de la Ley 610 de 2000, al igual que la expresión “leve” estipulada en el artículo 53 de la Ley 610 de 2000:</p>
		<p>En relación con el grado de culpabilidad establecido en la ley 610, la Corte declaró inexecutable la expresión “leve”, con base en lo siguiente:</p>

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 las 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 dicho 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. Visto el problema desde una óptica estrictamente constitucional, lo que se advierte es que la diferencia de trato que plantean las normas acusadas resulta altamente discriminatoria, en cuanto aquella se aplica a sujetos y tipos de responsabilidad que, por sus características y fines políticos, se encuentran en un mismo plano de igualdad material. En esta medida, el grado de culpa leve a que hacen referencia expresa los artículos 4º párrafo 2º y 53 de la Ley 610 de 2000 es inconstitucional y será declarado inexecutable. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-619, 2002)

C-131/02

(Demanda en contra del art. 42 parcial de la Ley 610 de 2000)

¿Es inconstitucional el carácter facultativo de la defensa técnica en la diligencia de exposición libre y espontánea que se rinde en la indagación preliminar o en el proceso de responsabilidad fiscal y la validez que se le da a esa diligencia en aquellos casos en que se

La Corte declaró la exequibilidad del artículo 42 de la Ley 610 del año 2000.

En cuanto al artículo 42, la Alta Corte decidió declararlo exequible, confundamente en lo siguiente:

Lo cuestionado por la autora es compatible con la manera como la Constitución Política ha consagrado el

practica sin que el investigado esté asistido por un apoderado?

derecho de defensa técnica, con la inexistencia de referencias expresas del constituyente a las condiciones de ejercicio del derecho de defensa técnica en el proceso de responsabilidad fiscal, con la consecuente remisión de ese punto a la capacidad de configuración normativa del legislativo, con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal, que es de carácter patrimonial y no sancionatorio, con la relación que se advierte entre los fines pretendidos por el legislador y los medios dispuestos para ello y con el espacio que para el ejercicio de ese derecho suministra el régimen legal del proceso de responsabilidad fiscal. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-131, 2002)

C-648/02

(Demanda en contra de los artículos 44 y 61 de la Ley 610 de 2000)

- ¿Es contrario al art. 267 superior el art. 61 de la Ley 610 al permitir la intervención de las contralorías durante la ejecución de los contratos y al no hacer distinción alguna entre los contratistas que pueden ser fiscalmente responsables?
- Los problemas que plantea la Corte son: ¿Están facultadas las contralorías para ejercer control fiscal respecto de contratos estatales en ejecución? ¿Cuál es la naturaleza de la responsabilidad que determinan las contralorías en ejercicio del control fiscal? ¿Cuenta con respaldo constitucional la facultad para que las contralorías vinculen como terceros civilmente responsables a las compañías de seguros cuando el objeto del proceso de responsabilidad fiscal recaiga sobre un presunto responsable, bien o contrato amparados por una póliza?

Se declararon exequibles los artículos 44 y 61 de la Ley 610 de 2000:

En lo concerniente a los artículos 44 y 61, el máximo Tribunal dispuso que:

El control fiscal sobre los contratos estatales bien podrá ejercerse cuando la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización del contrato, sin que esta actuación desnaturalice la función a cargo de las contralorías ni vulnere los parámetros constitucionales sobre estos tópicos. Por consiguiente, el perfeccionamiento del contrato es el momento a partir del cual tales actos nacen a la vida jurídica y pueden ser objeto del control posterior, como lo ordena la Constitución y lo ha reconocido esta Corporación; así las contralorías sí pueden ejercer control fiscal sobre los contratos estatales, en dos momentos, a) una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos y b) una vez liquidados o terminados los contratos; tal actuación no constituye vulneración del carácter posterior del control asignado a estos organismos por los artículos 267 y 272 de la Constitución Política. En relación con la responsabilidad fiscal, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga a su cargo la gestión fiscal.

Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio. En cuanto a que la compañía de seguros sea vinculada en calidad de tercero civilmente responsable en los procesos de responsabilidad fiscal, actúa en cumplimiento de los mandatos de interés general y de finalidad social del Estado. El papel que juega el asegurador es precisamente el de garantizar el pronto y efectivo pago de los perjuicios que se ocasionen al patrimonio público por el servidor público responsable de la gestión fiscal, por el contrato o el bien amparados por una póliza, siendo la medida legislativa razonable en aras de la protección del interés general y de los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función pública. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-648, 2002)

C-735/03

**(Demanda en
contra del artículo
44 de la ley 610 de
2000)**

¿La norma demandada da un tratamiento discriminatorio a la compañía de seguros vinculada al proceso fiscal en calidad de tercero civilmente responsable -a la que se le privaría del derecho al juez natural y a la garantía de imparcialidad ligada a la actuación judicial- desconociéndose así su derecho al acceso a la justicia en las mismas condiciones de cualquier procesado?

La Alta Corte decidió que la sentencia debe estar a lo que se resolvió C-648 de 2002 en en lo concerniente a los cargos formulados en contra del artículo 44 de la Ley 610 de 2000 por la presunta transgresión del principio de separación de las ramas y órganos del poder público, así como del debido proceso.

En consecuencia, declaró la exequibilidad del artículo 44 de la ley 610.

La Corte declaró exequibles los artículos mencionados con anterioridad, de conformidad con los siguientes argumentos: Para la Corte es claro que el juez del contrato de seguro no cambia por el hecho de la existencia de la disposición que se acusa. Lo que examinan las contralorías es la responsabilidad fiscal y es en relación con ella que éstas son competentes para asegurar el resarcimiento oportuno del Estado a través del mecanismo establecido en la norma acusada que permite, por economía procesal, vincular como tercero civilmente responsable a la compañía de seguros cuando el presunto responsable o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso se encuentren amparados por una póliza, asegurando así el pago inmediato de la indemnización a que tiene derecho el Estado.

		<p>En lo que se refiere a las garantías en el proceso de responsabilidad fiscal la Corte ya señaló que en el presente caso no puede considerarse vulnerado el derecho de defensa y en general el debido proceso de la compañía de seguros puesto que esta “dispone de los mismos derechos y facultades que asisten al principal implicado, para oponerse tanto a los argumentos o fundamentos del asegurado como a las decisiones de la autoridad fiscal”. La norma acusada señala en efecto que vinculada al proceso la compañía de Seguros en calidad de tercero civilmente responsable ésta” tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado”. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-735, 2003)</p>
<p>C-131/03</p> <p>(Demanda en contra del artículo 19 de la Ley 610 de 2000)</p>	<p>¿Vulnera los derechos constitucionales de los herederos, la norma legal que ordena citarlos y emplazarlos para seguir con ellos el trámite del proceso de responsabilidad fiscal y para que respondan hasta concurrencia de su participación en la sucesión, en el evento de la muerte del gestor fiscal antes de proferirse fallo en su contra debidamente ejecutoriado?</p>	<p>La Corte declaró la exequibilidad del artículo 19 de la ley 610 del año 2000.</p> <p>Los motivos que la Corte tuvo en cuenta son los siguientes:</p> <p>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). 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; 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. 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</p>

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. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-131, 2003)

C-1115/04

(Demanda en contra de los artículos 10 y 12 parciales de la Ley 610 de 2000)

¿Son las normas demandas contrarias al art 2 y 13 constitucional al establecer que los funcionarios de los organismos de control decreten medidas cautelares sin el amparo de la debida caución, como sí se les exige a los particulares de acuerdo con el artículo 513 del C.P.C?

La Corte profirió sentencia inhibitoria respecto a la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra los artículos 10 y 12 de la ley 610 del 2000.

La Corte manifestó en sus consideraciones las siguientes razones:

Conforme lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corporación, para efectos de configurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, no es suficiente con sostener que las disposiciones objeto de controversia establecen un trato diferente frente a cierto grupo de personas y que ello es contrario al artículo 13 -tal y como lo pretenden las demandantes-. También es imprescindible que se expresen las razones por las cuales considera el acusador que la supuesta diferencia de trato resulta discriminatoria, sustentando tal discriminación con argumentos de constitucionalidad dirigidos a cuestionar el fundamento de la medida, pues tan solo señalan que si el artículo 513 del C.P.C. le impone a los particulares que solicitan la práctica de medidas cautelares la obligación de prestar caución, para que la igualdad sea real y efectiva, es necesario que tal exigencia se haga extensiva a los funcionarios que intervienen en el proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que su investidura no es suficiente para que las normas acusadas lo eximan de constituir la respectiva caución. Respecto a la presunta violación del artículo 2° de la Constitución, el reparo que esgrimen las demandantes contra las disposiciones citadas, se limita a la consideración de calificar como inequitativo que los funcionarios de los órganos de control puedan decretar medidas cautelares sin prestar caución, en cuanto ello

		dificulta el resarcimiento de los daños que se puedan causar al afectado, al tener éste que acudir a un proceso ordinario de reclamación. Pero las actoras no explican cómo y por qué la práctica de medidas cautelares en el proceso fiscal sin necesidad de prestar caución, viola la disposición constitucional que consagra los fines esenciales del Estado y que le impone a las autoridades el deber de garantizar los principios, derechos y deberes ciudadanos. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-1115, 2004)
C-877/05	<p>¿Las normas demandadas desconocen los artículos 152 y 153 superiores por cuanto su contenido es propio de una ley estatutaria, toda vez que afectan el núcleo esencial del derecho fundamental al habeas data? Así:</p> <p>¿Las normas que establecen y regulan el boletín de responsables fiscales y el boletín de deudores morosos del Estado a cargo de la Contraloría General de la República y de la Contaduría General de la Nación, respectivamente, debieron haber sido tramitadas por el procedimiento contemplado para las leyes estatutarias?</p>	<p>La Corte declaró la exequibilidad del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 y el parágrafo 3 del artículo 2 de la Ley 901 de 2004</p> <p>La Corte Constitucional fundamentó su decisión principalmente en los siguientes:</p> <p>No existe violación del núcleo esencial del derecho al habeas data por cuanto el boletín de responsables fiscales es simplemente el resultado de una información cierta, veraz y pública que se acopia y almacena en entidades públicas para preservar la integridad del patrimonio público y para evitar que personas declaradas fiscalmente responsables continúen causando detrimento al erario. Así las cosas, esa información que se publica no involucra la intimidad de las personas, y la esfera privada del individuo queda a salvo de la intromisión del Estado. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-877, 2005)</p>
C-651-06	<ul style="list-style-type: none"> • ¿El inciso 1 del parágrafo 3 del artículo 2 de la ley 901 de 2004, vulneran el derecho al trabajo, a acceder al ejercicio de funciones y de cargos públicos, acceso a la carrera administrativa, y el bloque de constitucionalidad por violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Carta de las Naciones Unidas? 	<p>La Alta Corte se inhibió en cuanto a los cargos formulados contra el inciso 1 del parágrafo 3 del artículo 2 de la ley 901 de 2004 y declarar la exequibilidad del artículo 60 de la ley 610 de 2000, en cuanto al inciso 3.</p> <p>La Corte profirió sentencia inhibitoria, de acuerdo a las siguientes razones:</p> <p>En cuanto a la primera normal, la Corte afirma que dicho texto no hace relación a inhabilidad o incompatibilidad ninguna para acceder a la función pública, ni tampoco con la preservación del interés general,</p>

¿El inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 es violatorio del derecho al trabajo (art. 25), a acceder al ejercicio de funciones y de cargos públicos (art. 40-7), acceso a la carrera administrativa (art. 125) y, derecho a la igualdad (art. 13)?

la prosperidad o el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes. Tampoco se presentan cargos concretos en relación con la vulneración del debido proceso o la igualdad, pues el mismo se refiere exclusivamente al deber que tienen determinadas entidades de llevar el registro de las personas naturales o jurídicas que siendo deudoras se encuentren en mora respecto de obligaciones contraídas con el Estado. Frente a la segunda norma, la Corte considera que el inciso 3º del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, no trasgrede el texto de los artículos 25 y 40-7 de la Constitución Política, toda vez que mediante esta norma el legislador estableció límites al ejercicio del derecho al trabajo y a acceder al ejercicio de funciones públicas, con el propósito de garantizar principios constitucionalmente válidos, sin que tal restricción implique supresión o afectación del núcleo esencial de los derechos mencionados por el demandante. Por lo anterior, tampoco puede aducirse que la norma acusada deje de promover el interés general, ni la prosperidad, ni el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, porque como quedó expuesto la inclusión en el boletín de responsables fiscales ocurre una vez se ha agotado todo el procedimiento para tal declaración, en el cual el responsable ha ejercido su derecho de defensa. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-651, 2006)

C-340/07

(Demanda en contra del art. 6 de la Ley 610 de 2000)

- ¿El daño patrimonial al Estado que da lugar a responsabilidad fiscal, puede consistir en la lesión al patrimonio público representada en el uso indebido de los bienes o recursos públicos, resulta contraria a la Constitución, porque conduce a un esquema de responsabilidad sin daño, con lo cual la responsabilidad fiscal pierde su naturaleza reparatoria y asume una de carácter meramente sancionatorio?

Se declaró exequible la expresión “o a los intereses patrimoniales del estado” consagrada en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, e igualmente se declararon inexecutable las expresiones “uso indebido” e “inequitativa” establecidas en esta ley.

La posición de la Corte se basó en lo siguiente:

Los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, se limita a una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. • Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya

titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución. • No cabe decir lo mismo de la expresión “inequitativa”, pues al disponer la norma que la responsabilidad fiscal puede ser producto de una gestión fiscal inequitativa no está dando parámetros que permitan establecer de manera previa, cierta y objetiva, cuando una conducta puede considerarse inequitativa y, por esa razón, determinante de que un daño patrimonial al Estado pueda ser atribuido al agente a título de dolo o de culpa. Esa indeterminación resulta violatoria de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución. • En cuanto al concepto de “uso indebido” como categoría autónoma representativa de la lesión al patrimonio público se afecta la posibilidad de desvirtuar la responsabilidad fiscal acreditando la ausencia de daño, con lo cual el juicio fiscal se tornaría en sancionatorio, porque la condena no tendría efecto reparatorio o resarcitorio, sino meramente punitivo, lo cual implicaría, a su vez, atribuir a las contralorías una competencia para investigar conductas indebidas e imponer las correspondientes sanciones, lo cual, como lo ha señalado esta corporación, no puede hacer el legislador, puesto que no está a su alcance atribuir a las Contralorías el ejercicio de un control disciplinario que de acuerdo con la Carta corresponde a otros órganos. Así, la Corte habrá de declarar la inexequibilidad de la expresión “uso indebido”, sin que ello implique que no se pueda derivar responsabilidad fiscal por el uso indebido de los bienes o recursos del Estado, en la medida en que de tal uso se derive un daño al patrimonio del Estado, entendido como la lesión, menoscabo, disminución, perjuicio o detrimento de este. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-340, 2007)

<p>C-382/08</p> <p>(Demanda en contra del artículo 17 parcial de la Ley 610 de 2000)</p>	<p>¿Es el artículo 17 de la Ley 610 de 2000 violatorio del debido proceso al prever la reapertura de la indagación preliminar y del proceso de responsabilidad fiscal, luego de haberse ordenado su archivo?</p>	<p>La Corte declaró la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 610 de 2000</p> <p>La Alta Corte decidió declarar exequible este artículo, en concordancia con lo siguiente:</p> <p>La decisión de autorizar la reapertura de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, suspendiendo los efectos de firmeza del auto de archivo del expediente, es una medida excepcional, en principio legítima, que se inscribe en el ámbito de la libertad de configuración política del legislador, y que encuentra una clara justificación en la necesidad de promover la defensa y reparación del patrimonio público y, por esa vía, dar cumplimiento a la obligación constitucional de 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 estatal. Dicha medida se encuentra limitada a dos eventos específicos que se advierten legítimos: (i) que aparezcan o se aporten nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o (ii) que se demuestre que la decisión se basó en prueba falsa. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-382, 2008)</p>
<p>C-836/13</p> <p>(Demanda en contra del artículo 9 (parcial) de la Ley 610 de 2000)</p>	<p>¿Viola la norma demandada el derecho al debido proceso, establecido en el artículo 29 superior, al hacer la ampliación del término para fallar el proceso de responsabilidad fiscal a diez años, como resultado de la agregación al término de prescripción de 5 años un término de caducidad de igual duración, siendo que, en opinión del demandante, la caducidad es figura jurídica ajena e impropia en este tipo de procesos y, por lo tanto, de mayor pertinencia en otros asuntos, como los civiles?</p>	<p>La Corte declaró la exequibilidad del artículo 9º de la Ley 610 de 2000, en cuanto a la parte que dice: “La acción fiscal caducará si transcurridos cinco años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal”:</p> <p>Se declaró la exequibilidad del artículo 9, teniendo en cuenta que:</p> <p>El legislador estableció un término de caducidad de la acción fiscal siguiendo la jurisprudencia que en tal sentido había fijado esta Corte, fuera de lo cual al preverlo actuó dentro del amplio</p>

margen de configuración que se le reconoce en materia como la que ha sido objeto de examen, potestad configurativa que también se extiende a la inclusión de la figura de la prescripción, así como a la fijación del término en el que opera la caducidad de la acción fiscal, término que, según reiterada jurisprudencia garantiza la seguridad jurídica, el ejercicio razonable de las facultades correspondientes a las contralorías y los derechos de quienes eventualmente pudieran ser sujetos pasivos de la acción fiscal, lo que comporta su armonización con los principios que guían el cumplimiento de la función administrativa, sin que se advierta en su duración o en su concurrencia con el término de prescripción motivo de inconstitucionalidad alguno. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-836, 2013)

C-423/16

(Demanda en contra del artículo 9 (parcial) de la Ley 610 de 2000)

¿Vulnera la norma demandada las garantías constitucionales de los investigados al cambiar los términos de caducidad y prescripción de la acción fiscal de dos años a diez?

La Corte profirió sentencia inhibitoria

La Corte se abstiene de proferir una decisión de fondo, en tanto que:

El actor se limita a sostener que la modificación que introdujo la disposición demandada, al cambiar los términos de caducidad y prescripción de la acción fiscal, resulta desproporcionada, ya que el régimen anterior señalaba tan solo dos años y en la actualidad se computan diez. Indica que tal cambio hace gravosa la situación del investigado, vulnerando sus garantías constitucionales. Considera la Sala que cuanto no se formula una acusación que cumpla las exigencias mínimas de claridad, especificidad y suficiencia, de modo que no se configura al menos un cargo apto de inconstitucionalidad. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-423, 2016)

C-101/18

(Demanda en contra de los artículos 38 numeral 4° y el párrafo 1° de la Ley 734 de 2002 y 60 (parcial) de la Ley 610 de 2000)

¿Las normas objeto de control -que establecen la restricción para ocupar cargos públicos por haber sido declarado responsable fiscalmente y adicionalmente, el deber de abstención de nombrar o dar posesión a quienes estén reportados en el boletín de responsables fiscales- vulneran los artículos 179, 197 y 293 del Texto Superior, porque la competencia del Legislador para determinar o ampliar las limitaciones de los ciudadanos que buscan ser elegidos por voto popular para el desempeño de las funciones públicas sólo se refiere al nivel territorial y no a quienes aspiran a ser candidatos al Congreso y a la Presidencia de la República, pues el establecimiento de esa restricción desconoce el sistema de inhabilidades establecido por el Constituyente para el acceso a los citados cargos?

La Corte decidió tener en cuenta lo resuelto en la sentencia c-651 de 2006, mediante la cual se declaró exequible el artículo 60 de la ley 610, en cuanto al inciso 3°, por presuntamente desconocer los artículos 1°, 2°, 40.7 de la Carta y 23 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Por consiguiente, se declaró la exequibilidad del inciso 3° del artículo 60 de la Ley 610 de 2000, por los cargos por desconocimiento de los artículos 179, 197 y 293 de la Constitución:

La decisión fue tomada, con base en las siguientes consideraciones:

El numeral 4° y el párrafo 1° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y el tercer inciso del artículo 60 de la Ley 610 de 2000 no vulneran los artículos 179, 197 y 293 del texto superior, puesto que una interpretación sistemática de la Constitución permitió establecer un sistema complejo de inhabilidades en el que concurren restricciones comunes y limitaciones particulares para el acceso a determinados cargos públicos, en especial a los de Congresistas y Presidente de la República. Bajo ese entendido, las medidas analizadas son la expresión del régimen común de condiciones inhabilitantes, aplicables a todas las personas que pretenden ingresar al servicio del Estado, incluidos los mencionados funcionarios, por lo que el Legislador tiene competencia para regular las circunstancias generales para el ejercicio de la función pública. Las normas acusadas no desconocen la intangibilidad de dicho eje axial de la Constitución, particularmente la estructura de acceso diseñada para la rama Legislativa o Ejecutiva, puesto que se trata de una regulación al derecho que tiene un alto nivel de generalidad y se aplica a todos los servidores en igualdad de condiciones, con independencia de si el ingreso se realiza mediante la elección popular o por otras vías jurídicas. (Corte Constitucional, Sala Plena, C-101, 2018)

REFERENCIAS

Acto legislativo 04 de 2019. (2019, 18 de septiembre). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 51.080*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/acto_legislativo_04_2019.html

Acto Legislativo Número 355 de la Cámara. (2019). Congreso de la República. *Gaceta No. 153*. http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_153.pdf

Acto Legislativo Número 39 del Senado Y 355 de la Cámara. (2019). Congreso de la República. *Gaceta No. 45*. http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2019/gaceta_799.pdf

Agencia Nacional de la Contratación Pública. (2020). Guía para la elaboración de Estudios del Sector. http://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/doct/guia_es_14.pdf

Agencia Nacional de Contratación Pública. (2019). Concepto No. 4201913000005089. <https://app.vlex.com/#search/jurisdictio:CO/Concepto+N%C2%B0+4201913000005089/vid/concepto-n-4201913000005089-agencia-862570209>

Auditoría General de la República. (2013). *La Impostergable Reingeniería Del Control Fiscal Territorial*. <https://www.auditoria.gov.co/documents/20123/331693/AGRP13-ImpostergableReingenieriaControlFiscalTerritorial.pdf/4606dc93-3e04-d58e-45d8-900b11b3ba17?t=1584745744077>

Auditoría General de la República. (2013). *Transformando el Control Fiscal Colombiano*. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Informe%20de%20gesti%C3%B3n%20y%20resultados%20%202011-2013.%20Transformando%20el%20control%20fiscal%20colombiano.pdf>

Auditoría General de la República. (2021). *Concepto 110.007.2021 SIA-ATC. 012021000004*. https://www.auditoria.gov.co/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos/-/document_library/h6j3F7UA67se/view_file/1002582

Auto 11001-03-15-000-2021-01606-00. (2021, 6 de mayo). Consejo de Estado. (José Sáchica,

C.P). [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-15-000-2021-01606-00\(CA\)_20210512.htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/11001-03-15-000-2021-01606-00(CA)_20210512.htm)

Auto 11001-03-15-000-2021-01608-00. (2021, 12 de mayo). Consejo de Estado. (Guillermo Sánchez, C.P). <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/243/11001-03-15-000-2021-01608-00.pdf>

Auto 11001-03-15-000-2021-01175-01. (2021, 29 de junio). Consejo de Estado. (William Hernández, C.P). <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/246/11001-03-15-000-2021-01175-01.pdf>

Barreto Moreno, A. A (2019). *Derecho de la compra Pública (1 th ed.)*. Editorial Legis.

Bejarano, J. A. (1999). El Análisis Económico Del Derecho: Comentarios Sobre Textos Básicos. *Revista de Economía Institucional*, 1(1), 162.

Benavides, J. L. (2004). *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado* (8 th ed.). Universidad Externado de Colombia

Betancur Jaramillo, C. (2013). *Derecho Procesal Administrativo* (Octava ed.). Señal Editora.

Buján Pérez, A. (2014, 7 de julio). *Enciclopedia Financiera*. <http://www.encyclopediafinanciera.com/definicion-costos-de-transaccion.html>

Castillo Freyre, M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *Themis (Lima)*, (66), 209-220. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-SobreLasObligacionesYSuClasificacion-5081187.pdf>

Colombia compra eficiente. (2016). *Contrato de Suministro*. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/20160322_contratosuministro.pdf

Colombia compra eficiente. (2015). *Contrato de Obra Pública*. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/20151115_contrato_de_obra_publica_v2_0.pdf

Colombia compra eficiente. (2016). *Contrato de Consultoría*. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/20160505_contratotipo_consultoria.pdf

Colombia compra eficiente. (2016). *Contrato de Suministro*. https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/20160322_contratosuministro.pdf

- Concepto 110.71.2020. (2020, 24 de diciembre). *Auditoría General de la República*. https://www.auditoria.gov.co/documents/20123/584115/AGR_Concepto_110_71_%28De+la+vigilancia+y+el+control+fiscal%29.pdf/fda32d20-b7e1-eb84-e0b7-24f82da9e079?t=1609170510497&download=true
- Concepto 11001-03-06-000-2020-00001-00 (2442). (2020, 28 de mayo). *Consejo de Estado*. (Édgar González López, C.P.). <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/239/11001-03-06-000-2020-00001-00.pdf>
- Consejo Técnico de la Contaduría Pública. (2008, 21 de junio). *Orientación Profesional: Ejercicio Profesional de la Revisoría Fiscal*. Bogotá D.C., Colombia.
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 117 [Título V]. 2da Ed. Legis.
- Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 2 [Título I]. 2da Ed. Legis.
- Contraloría General de la República. (2014). *Cómo hacer Control Fiscal Participativo*. <https://www.contraloria.gov.co/documents/20125/1062791/plegable-denuncias.pdf/b8ac92d1-a5f2-4039-a399-7093402b8fd0?version=1.0>
- Contraloría General de la República. (2017, agosto). *Concepto 162*. <http://www.legisaldia.com/BancoMedios/Archivos/cpto-162cgr-17.pdf>
- Dávila Vinuesa, L.G. (2016). *Régimen jurídico de la contratación estatal* (3th ed.). Legis.
- Decreto 911 de 1932. (1932, 23 de mayo). Presidente de la República. *Diario Oficial No 21.997*. https://www.redjurista.com/Documents/decreto_911_de_1932_ministerio_de_hacienda_y_credito_publico.aspx#/
- Decreto 111 de 1996. (1996, 15 de enero). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 42.692*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0111_1996.html#17
- Decreto 925 de 1976. (1976, 11 de mayo). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 34.568*. <https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1191270>
- Decreto 222 de 1983. (1983, 2 de febrero). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 36.189*. <https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>
- Decreto 403 de 2020. (2020, 16 de marzo). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 51258*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110374>

- Decreto 4170 de 2011. (2011, 3 de noviembre). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 28242*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44643>
- Decreto 1082 de 2015. (2015, 26 de mayo). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 49523*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77653>
- Decreto 1068 de 2015. (2015, 26 de mayo). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 49523*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=72893>
- Decreto 1737 de 1998. (1998, 21 de agosto). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 43.371*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1304>
- Decreto 2209 de 1998. (1998, 29 de octubre). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 43.423*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1304>
- Decreto 2785 de 2011. (2011, 4 de agosto). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 48.151*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=49240>
- Decreto 2236 de 2017. (2017, 27 de diciembre). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 50.459*. <https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30034404>
- Decreto 92 de 2017. (2017, 23 de enero). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 50.125*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=78935>
- Decreto 19 de 2012. (2012, 10 de enero). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 48.308*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45322>
- Decreto 1069 de 2015. (2015, 26 de mayo). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 49.523*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74174>
- Decreto 222 de 1983. (1983, 2 de febrero). Presidente de la República. *Diario Oficial No. 36189*. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>
- Fajardo Peña, S. (2017). La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (2), 327-351. https://app-vlex-com.ez.unisabana.edu.co/#/search/jurisdiction:CO+content_type:4/gesti%C3%B3n+fiscal/WW/vid/736854429
- González Navarro, F. (1964). La llamada caducidad del procedimiento administrativo. *Revista de administración pública*, (45), 196. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2113090>

- Gómez Lee, I. V. (2014). *Responsabilidad Fiscal y Gerencia de Recursos Públicos* (1th ed.). Editorial Legis.
- Henao, J. C. (Ed.). (2013). *Diálogos Constitucionales de Colombia con el Mundo*. Editorial Universidad Externado.
- Krugman et al. (1998). *Economía internacional* (9 th ed.). Editorial Pearson.
- Leguizamón Acosta, W. (2002). *Derecho Económico* (2nd ed.). Ediciones Doctrina y Ley.
- Ley 42 de 1923. (1923, 19 de julio). Congreso de la República. *Diario Oficial No 19.120*. https://www.redjurista.com/Documents/ley_42_de_1923_congreso_de_la_republica.aspx#/
- Ley 20 de 1975. (1975, 28 de abril). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 34.313*. https://www.redjurista.com/Documents/ley_20_de_1975_congreso_de_la_republica.aspx#/
- Ley 42 de 1993. (1993, 26 de enero). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 40.732*. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0042_1993.htm
- Ley 610 del 2000. (2000, 15 de agosto). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 44.133*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5725>
- Ley 80 de 1993 (1993, 28 de octubre). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 41.094*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Ley 1564 de 2012 (2012, 12 de julio). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 48.489*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html#T%C3%8DTULO%20PRELIMINAR
- Ley 1150 de 2007. (2007, 16 de julio). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 46.691*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#2
- Ley 1174 2011. (2011, 12 de julio). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 48.128*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html#2
- Ley 1882 de 2018. (2018, 15 de enero). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 50.477*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84899>
- Ley 84 de 1973. (1973, 26 de mayo). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 2.87*. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html#1

Ley 1474 de 2011. (2011, 12 de julio). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 48.128*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43292>

Ley 1333 de 2009. (2009, 21 de de julio). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 47417*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36879>

Ley 1437 de 2011. (2011, 18 de enero). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 47956*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>

Ley 2080 de 2021. (2021, 25 de enero). Congreso de la República. *Diario Oficial No 51.568* https://www.redjurista.com/Documents/ley_42_de_1923_congreso_de_la_republica.aspx#/

Ley 1959 de 2019. (2019, 20 de junio). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 50.990*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249>

Ley 610 de 2000. (2000, 15 de agosto). Congreso de la República. *Diario Oficial No. 44133*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5725>

Lozano Puentes, Y. (2020). *Responsabilidad Fiscal: Su relación con algunos delitos contra la administración pública, el lavado de activos y la extinción del derecho de dominio* (2nd ed.). Grupo editorial Ibáñez.

Malagón Pinzón, M. (2004). El juicio de cuentas, primera institución de control fiscal de la administración pública. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2). file:///C:/Users/Usuario/Downloads/295-Texto%20del%20art%C3%ADculo-969-1-10-20100314.pdf

Mankiw, N. G. (2004). *Principios de economía* (2nd ed.). Editorial Temis. Mac Graw Hill

Marienhoff, M. S (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III- Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular* (4 th edición.). Editorial Abeledo Perrot.

Ordoñez Vásquez, T. (2016). La Responsabilidad Fiscal En Colombia y la Imposibilidad del Resarcimiento patrimonial. *Revista IUSTA*, 1(26). 127-135. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3026/2893>

Quiroga Natale, E. A (2024). Efficiency Models Applied to a Market Economy: Economic assumptions that support the analysis of the sector and the determination of best market scenarios for efficient public. In: *Journal Kurdish Studies*.

- Quiroga Natale, E. A (2023). *The incident of Annulment of the sentences of the Constitutional Court*. In: Journal Kurdish Studies.
- Quiroga Natale, E.A (2023) Control of conventionality and multilevel constitutional justice. Jurisprudential reception in the precedent of the Colombian Constitutional Court”. In: Scientific Journal of applied social and clinical science.
- Quiroga Natale, E. A (2021). *Control Fiscal a la Compra Pública* (1th ed.). Ediciones Nueva Jurídica.
- Quiroga Natale, E. A (2021). *Control fiscal y sus potestades sancionadora y resarcitoria* (1th ed.). Ediciones Nueva Jurídica.
- Quiroga Natale, E.V (2020). *Contratación Estatal, Teoría General Del Contrato Estatal, Equilibrio Económico, Riesgos, Rompimiento De La Ecuación Financiera E Incumplimiento Contractual, Elementos Esenciales Para Una Compra Pública Eficiente* (1th ed.). Ediciones Nueva Jurídica.
- Quiroga Natale, E.A (2019) *Hermenéutica Constitucional, Nueva Jurídica*.
- Quiroga Natale, E.A (2019) *Justicia Constitucional Multinivel y acción pública de inconstitucionalidad*, Ed. Ibañez.
- Quiroga Natale, E.A (2015) “*La excepción pública de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión*”. En: Revista de Derecho Público No. 34.
- Quiroga Natale, E.A (2014) *Riesgos y desequilibrio económico en los contratos estatales. Nociones básicas desde el análisis económico del derecho*”. En: Revista Serie de derecho económico 3.
- Quiroga Natale, E.A (2008) *La constitucionalidad de los contratos de estabilidad jurídica desde la perspectiva del análisis económico del derecho*. En: Revista Vniversitas Journal of law.
- Quiroga Natale, E.A (2007) *La ponderación de los derechos en el estado de escasez. Entre la dimensión de peso jurídica y la eficiencia económica*. En: Revista Economía del Rosario.
- Ramírez Torrado, M. L., & Aníbal Bendek, H. V. (2015). *Sanción administrativa en Colombia*. Vniversitas, 64(131), p.
111. <https://revistas.javeriana.edu.co>

Restrepo Medina, M. (2001). Responsabilidad Fiscal. *Estudios Socio-jurídicos*, 2(3), 75-95. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792001000200005#9

Resolución Reglamentaria Orgánica 0039 de 2020. (2020, 13 de julio). Contraloría General de la República. *Diario Oficial No. 51.375*. https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/resolucion_contraloria_reg0039_2020.htm

Rodríguez, L. (2012). *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. (3th ed.). Editorial Temis.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo (1 th ed.)*. Universidad Externado.

Sentencia No. 45 de 1987. (1987, 19 de mayo). Corte Suprema de Justicia. (Hernando Gómez, M.P). <https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30016466>

Sentencia C-470/17. (2017, 19 de julio). Corte Constitucional. (Cristina Pardo, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-470-17.htm>

Sentencia C-140/20. (2020, 6 de mayo). Corte Constitucional. (José Reyes, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-140-20.htm>

Sentencia C-840/01. (2001, 9 de agosto). Corte Constitucional. (Jaime Araujo, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm>

Sentencia 11001-03-06-000-2006-00034-00(1735). (2006, 7 de septiembre). (Luis Fernando Álvarez, M.P). [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-06-000-2006-00034-00\(1735\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-06-000-2006-00034-00(1735).pdf)

Sentencia C-832/02. (2002, 8 de octubre). Corte Constitucional. (Álvaro Tafur, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-832-02.htm>

Sentencia C-490/2000. (2000, 04 de mayo). Corte Constitucional. (Alejandro Martínez Caballero, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-490-00.htm>

Sentencia C-826/13. (2013, 13 de noviembre). Corte Constitucional. (Luis Vargas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-826-13.htm>

Sentencia C-512/2013. (2013, 31 de julio). Corte Constitucional. (Mauricio González Cuervo, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-619-02.htm>

Sentencia C-338/2014. (2014, 04 de junio). Corte Constitucional. (Alberto Rojas Ríos, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-338-14.htm>

Sentencia C-451/2015. (2015, 16 de julio). Corte Constitucional. (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-451-15.htm>

Sentencia C-439/2016. (2016, 17 de agosto). Corte Constitucional. (Luis Guillermo Guerrero Pérez, M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-439-16.htm>

Sentencia C-140/20. (2020, 6 de mayo). Corte Constitucional. (José Reyes M.P.) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-140-20.htm>

Sentencia C-103/15. (2015, 11 de marzo). Corte Constitucional. (María Calle M.P.) [https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm#:~:text=\(Febrero%2022\),Por%20el%20cual%20se%20dictan%20normas%20sobre%20organizaci%C3%B3n%20y%20funcionamiento,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.](https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-103-15.htm#:~:text=(Febrero%2022),Por%20el%20cual%20se%20dictan%20normas%20sobre%20organizaci%C3%B3n%20y%20funcionamiento,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.)

Sentencia nº 25000-23-26-000-2009-00858-01. (2019, 12 de diciembre). Consejo de Estado. (Martha Velásquez, C.P.) <https://vlex.com.co/vid/841381190>

Sentencia 25000-23-26-000-1993-08365-01(14461). (2011, 25 de agosto). Consejo de Estado. (Danilo Betancourt, C.P.) [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1993-08365-01\(14461\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1993-08365-01(14461).pdf)

Sentencia 76001-23-31-000-2007-00153-01. (2014, 08 de mayo). Consejo de Estado. (María Elizabeth García González, C.P.) <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/145/S1/76001-23-31-000-2007-00153-01.pdf>

Sentencia 41001233100020020111101. (2019, 16 de diciembre). Consejo de Estado. (Nubia Margoth Peña Garzón, C.P.) <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2020/05/RespFiscalUsco.pdf>

Sentencia 25000-23-24-000-2007-00458-01. (2015, 23 de julio). Consejo de Estado. (María Elizabeth García González, C.P.)

Sentencia 12513. (2000, 13 de julio). Consejo de Estado. (María Giraldo, C.P.) https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_12513_de_2000.aspx#/

- Sentencia 08001-23-31-000-1998-00748-01(24020). (2013, 30 de junio). Consejo de Estado. (Enrique Gil Botero, C.P). [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/121/S3/08001-23-31-000-1998-00748-01\(24020\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/121/S3/08001-23-31-000-1998-00748-01(24020).pdf)
- Sentencia C-892/01. (2001, 22 de agosto). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar, M.P). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9571>
- Sentencia C-300/12. (2012, 25 de abril). Corte Constitucional. (Jorge Pretelt M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>
- Sentencia 29202. (2015, 29 de abril). Consejo de Estado. (Ramiro Pazos, M.P). https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_29202_de_2015.aspx#/
- Sentencia 25000-23-26-000-1997-15152-01 (29202). (2015, 29 de abril). Consejo de Estado. (Ramiro de Jesús Pazos, C.P). https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_29202_de_2015.aspx#/
- Sentencia Rad. 00477-01 (2012, 30 de agosto). Consejo de Estado. (Marco Velilla, C.P)
- Sentencia C-1074/02. (2002, 4 de diciembre). Corte Constitucional. (Manuel Cepeda, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1074-02.htm>
- Sentencia C-476/07. (2007, 13 de junio). Corte Constitucional. (Álvaro Tafur, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-476-07.htm>
- Sentencia C-228/10. (2010, 24 de marzo). Corte Constitucional. (Luis Vargas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>
- Sentencia C-032/17. (2017, 25 de enero). Corte Constitucional. (Alberto Rojas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-032-17.htm>
- Sentencia C-228/10. (2010, 24 de marzo). Corte Constitucional. (Luis Vargas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>
- Sentencia 11001-03-06-000-2018-00124-00(2386). (2018, 5 de septiembre). Consejo de Estado. (Edgar González, C.P). <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/211/11001-03-06-000-2018-00124-00.pdf>

- Sentencia 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). (2011, 31 de agosto). Consejo de Estado. (Ruth Correa, C.P). [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1997-04390-01\(18080\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).pdf)
- Sentencia 05001-23-33-000-2013-01826-00(57576). (2018, 19 de julio). Consejo de Estado. (Marta Velásquez, C.P). [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/05001-23-33-000-2013-01826-01\(57576\).htm](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/05001-23-33-000-2013-01826-01(57576).htm)
- Sentencia 25000-23-26-000-1997-03808-01(21077). (2012, 29 de agosto). Consejo de Estado. (Danilo Rojas, C.P). [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/111/25000-23-26-000-1997-03808-01\(21077\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/111/25000-23-26-000-1997-03808-01(21077).pdf)
- Sentencia 110010326000201100039 00 (41719). (2013, 2 de diciembre). Consejo de Estado. (Jaime Santofimio, C.P). <https://www.suinjuriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=10004770>
- Sentencia 1999-01452/41186. (2018, 10 de mayo). Consejo de Estado. (Stella Conto, C.P). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_6acc24cf2574f2ba2ab329c02ed06ba/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-1999-01452-41186-de-mayo-10-de-2018
- Sentencia 1999-01452/41186. (2014,9 de julio). Consejo de Estado. (Carlos Zambrano, C.P). https://www.redjurista.com/Documents/consejo_de_estado_seccion_tercera_e_no_27883_de_2014.aspx#/
- Sentencia C-004/17. (2017, 18 de enero). Corte Constitucional. (Alejandro Linares, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-004-17.htm>
- Sentencia 25000-23-26-000-1996-02482-01(17253). (2007, 6 de junio). Consejo de Estado. (Antonio Amado, C.P). [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/25000-23-26-000-1996-02482-01\(17253\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/25000-23-26-000-1996-02482-01(17253).htm)
- Sentencia 76001-23-31-000-2003-01754-01(35268). (2015, 6 de mayo). Consejo de Estado. (Jaime Santofimio, C.P). [https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/76001-23-31-000-2003-01754-01\(35268\).htm](https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/76001-23-31-000-2003-01754-01(35268).htm)
- Sentencia 440012331000199800450 01. (2010, 28 de abril). Consejo de Estado. (Mauricio Fajardo, C.P). <https://app.vlex.com/#/vid/750886897>
- Sentencia 44001-23-31-000-1996-0686-01(13436). (2001, 22 de junio). Consejo de Estado. (Ricardo Hoyos, C.P). <https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/>

EX_13436.htm

Sentencia C-616/02. (2002, 6 de agosto). Corte Constitucional. (Manuel Cepeda, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-616-02.htm>

Sentencia C-818/05. (2005, 9 de agosto). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-818-05.htm>

Sentencia 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). (2012, 22 de octubre). Consejo de Estado. (Enrique Botero, C.P). [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/117/S3/05001-23-24-000-1996-00680-01\(20738\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/117/S3/05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).pdf)

Sentencia C-412/15. (2015, 1 de julio). Corte Constitucional. (Alberto Rojas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-412-15.htm>

Sentencia C-491/16. (2016, 14 de septiembre). Corte Constitucional. (Luis Vargas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-491-16.htm>

Sentencia C-739/2000. (2000, 22 de junio). Corte Constitucional. (Fabio Morón, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-739-00.htm>

Sentencia C-616/02. (2002, 6 de agosto). Corte Constitucional. (Álvaro Hernández, M.P). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-616-02.htm#_ftn57

Sentencia C-884/07. (2007, 24 de octubre). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-884-07.htm>

Sentencia C-574/98. (1998, 14 de octubre). Corte Constitucional. (Antonio Barrera, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-574-98.htm>

Sentencia SC6575/15. (2015, 28 de mayo). Corte Suprema de Justicia. (Jesús Vall de Rutén, M.P). [https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/compendiocgp/ART%2094/SC6575-2015%20\(2007-00115-01\)%20\(1\).doc](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/compendiocgp/ART%2094/SC6575-2015%20(2007-00115-01)%20(1).doc)

Sentencia C-875/11. (2011, 22 de noviembre). Corte Constitucional. (Jorge Pretelt, M.P). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45822>

Sentencia C-107/04. (2004, 10 de febrero). Corte Constitucional. (Jaime Araujo, M.P). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14836>

Sentencia 470012331000201200290-01. (2014, 12 de diciembre). Consejo de Estado. (Carmen Ortiz, C.P). https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_Od31050a9900009ce0530a010

151009c/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-2012-00290-20101-de-diciembre-12-de-2014

Sentencia 63001-23-33-000-2015-00048-01. (2018, 22 de febrero). Consejo de Estado. (Hernando Sánchez, C.P). <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/211/63001-23-33-000-2015-00048-01.pdf>

Sentencia C-450/03. (2003, 3 de junio). Corte Constitucional. (Manuel Cepeda, M.P). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14732>

Sentencia C-086/19. (2019, 27 de febrero). Corte Constitucional. (Luis Guerrero, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-086-19.htm>

Sentencia C-086/19. (2019, 27 de febrero). Corte Constitucional. (Luis Guerrero, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-086-19.htm>

Sentencia C-258/13. (2013, 7 de mayo). Corte Constitucional. (Jorge Pretelt, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-258-13.htm>

Sentencia C-529/93. (1993, 11 de noviembre). Corte Constitucional. (Eduardo Cifuentes, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-529-93.htm>

Sentencia 05001-23-31-000-1997-2093 01. (2004, 26 de agosto). Consejo de Estado. (Gabriel Mendoza, C.P). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44886>

Sentencia C-529/93. (1993, 11 de noviembre). Corte Constitucional. (Eduardo Cifuentes, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/C-529-93.htm>

Sentencia SU 620/1996. (1996, 13 de noviembre). Corte Constitucional. (Antonio Barrera, M.P). [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5466#:~:text=Santafe%C3%A9%20de%20Bogot%C3%A1%2C%20D.C.%2C%20trece,noventa%20y%20seis%20\(1996\).](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5466#:~:text=Santafe%C3%A9%20de%20Bogot%C3%A1%2C%20D.C.%2C%20trece,noventa%20y%20seis%20(1996).)

Sentencia C-046/94. (1994, 10 de febrero). Corte Constitucional. (Eduardo Cifuentes, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-046-94.htm>

Sentencia C-131/03. (2003, 18 de febrero). Corte Constitucional. (Manuel Cepeda, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-131-03.htm>

Sentencia C-189/98. (2003, 6 de mayo). Corte Constitucional. (Alejandro Martínez, M.P) <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5734>

Sentencia C-540/97. (1997, 23 de octubre). Corte Constitucional. (Hernando Herrera, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-540-97.htm>

Sentencia N° 732. (1995, 3 de octubre). Consejo de Estado. (Javier Henao, C.P). <https://vlex.com.co/vid/-52609354>

Sentencia C-083/15. (2015, 24 de febrero). Corte Constitucional. (Gloria Ortiz, M.P) <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84413>

Sentencia C-619/02. (2002, 8 de agosto). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba, M.P) <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8315>

Sentencia C-340/07. (2007, 9 de mayo). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar, M.P) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-340-07.htm>

Sentencia C-090/22. (2022, 10 de marzo). Corte Constitucional. (Antonio Lizarazo, M.P). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=195146>

Sentencia 05001-23-31-000-1997-2093 01. (2004, 26 de agosto). Consejo de Estado. (Gabriel Mendoza, C.P). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44886>

Sentencia 25000-23-41-000-2016-01063-01. (2016, 16 de agosto). Consejo de Estado. (Lucy Bermúdez, C.P). <https://vlex.com.co/vid/658122917>

Sentencia 25000-23-26-000-2011-00007-01(47354). (2020, 28 de febrero). Consejo de Estado. (Jaime Rodríguez, C.P).

Sentencia C-131/02. (2002, 26 de febrero). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-131-02.htm>

Sentencia 17001-23-31-000-2010-00313-01. (2019, 12 de septiembre). Consejo de Estado. (Hernando Sánchez, C.P).

Sentencia SU 132/2013. (2013, 13 de marzo). Corte Constitucional. (Alexei Estrada, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU132-13.htm>

Sentencia C-091/22. (2022, 10 de marzo). Corte Constitucional. (Cristina Pardo, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-091-22.htm>

Sentencia C-364/01. (2001, 2 de abril). Corte Constitucional. (Eduardo Montealegre, M.P). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=9591>

Sentencia C-840/01. (2001, 9 de agosto). Corte Constitucional. (Jaime Araujo, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-840-01.htm>

Sentencia C-366/01. (2001, 2 de abril). Corte Constitucional. (Alfredo Beltrán, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-366-01.htm>

Sentencia C-477/01. (2001, 9 de mayo). Corte Constitucional. (Marco Monroy, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-477-01.htm>

Sentencia C-557/01. (2001, 31 de mayo). Corte Constitucional. (Manuel Cepeda, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-557-01.htm>

Sentencia C-619/01. (2001, 14 de junio). Corte Constitucional. (Marco Monroy, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-619-01.htm>

Sentencia C-183/02. (2002, 13 de marzo). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-183-02.htm>)

Sentencia C-619/02. (2002, 8 de agosto). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba & Rodrigo Escobar, M.P) <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8315>

Sentencia C-131/02. (2002, 26 de febrero). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-131-02.htm>

Sentencia C-648/02. (2002, 13 de agosto). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-648-02.htm>

Sentencia C-735/03. (2003, 26 de agosto). Corte Constitucional. (Jorge Narváz, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-648-02.htm>

Sentencia C-131/03. (2003, 18 de febrero). Corte Constitucional. (Manuel Cepeda, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-131-03.htm>

- Sentencia C-1105/04. (2004, 9 de noviembre). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar, M.P).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-1115-04.htm>
- Sentencia C-877/05. (2005, 23 de agosto). Corte Constitucional. (Jaime Córdoba, M.P).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-877-05.htm>
- Sentencia C-651/06. (2005, 9 de agosto). Corte Constitucional. (Clara Vargas, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-651-06.htm>
- Sentencia C-340/07. (2007, 9 de mayo). Corte Constitucional. (Rodrigo Escobar, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-340-07.htm>
- Sentencia C-836/13. (2013, 20 de noviembre). Corte Constitucional. (Gabriel Mendoza, M.P).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-836-13.htm>
- Sentencia C-423/16. (2016, 10 de agosto). Corte Constitucional. (Jorge Palacio, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-423-16.htm>
- Sentencia C-101/18. (2018, 24 de octubre). Corte Constitucional. (Gloria Ortiz, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/C-101-18.htm>
- Sentencia 11001-03-06-000-2007-00052-00(1835). (2007, 9 de agosto). Consejo de Estado. (Luis Álvarez C.P). [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-06-000-2007-00052-00\(1835\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/11001-03-06-000-2007-00052-00(1835).pdf)
- Superintendencia de Industria y Comercio. (2007). Guía práctica para combatir la colusión en las licitaciones. <https://www.javerianacali.edu.co/sites/default/files/2022-06/Manual%20de%20Normas%20APA%207ma%20edicio%CC%8In.pdf>
- Von Hayek, F. A. (1946). *Individualismo y Orden Económico* (1 th ed.). Editorial Innisfree.
- Wayar, E. C. (1990). *Derecho Civil Obligaciones* (2nd ed). Ediciones Depalma.