La Responsabilidad de los Interventores en los Contratos de Concesión Vial en Colombia

Hazel Brinneth Murillo Cancino

Universidad Santo Tomás

Docente o Tutor

Nicolás Lozada Pimiento

Facultad de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Contractual Público y Privado

Bogotá - Colombia

2018

DEDICATORIA

A la memoria de mi tía patrocina, por ser mi segunda madre, quien dejó un vacío en mi corazón. ¡Gracias por tanto!. Lo logramos Tía!!!!.

A mi esposo y compañero de vida Estiver por su amor y apoyo incondicional, a mi hermosa hija Holly por ser mi TODO, mi arco iris en este camino. ¡Te Amo Hija!, a mi hijo que está por nacer, por ser otro milagro de Dios, ya te esperamos con amor. Y sobre todo a mi PADRE a ese gran abogado que le debo la profesión que escogí y porque aún después de tantos años extraño su presencia.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por sus bendiciones en cada día de mi vida, porque hoy me permite sonreír y celebrar este logro.

Al Dr. Nicolás Lozada Pimiento, mi Tutor, por su confianza, apoyo, asesoría y paciencia en este proyecto, a la Dra Ángela Medina, mi Jurado, por su interés y claridad para culminar mi trabajo.

Y gracias a mi Familia, esposo, hija, mamá, tía Tatón, hermanas, sobrinos y a todas aquellas personas y amigos que aportaron y confiaron en mí para cumplir con esta meta.

PRIMER ARTÍCULO

LA INTERVENTORÍA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL

Contenido

PRIMER ARTÍCULO.....	i
LA INTERVENTORÍA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL.....	ii
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	iv
LA INTERVENTORÍA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL.....	v
RESUMEN	v
ABSTRACT	v
PALABRAS CLAVE	v
KEY WORDS.....	v
INTRODUCCIÓN	1
1. Marco jurídico del contrato de concesión vial y del contrato de interventoría	4
1.1. Concepto y alcance	6
1.1.1. Partes del Contrato	10
1.1.2. Características	13
1.1.3. Seguimiento y control del contrato de concesión vial	16
1.2. El contrato de interventoría en los contratos de concesión vial.	17
1.2.1. Interventoría y supervisión.....	21
1.2.2. Clases de interventoría	26
1.3. Funciones y prohibiciones de la interventoría	30
1.3.1. Funciones Generales	32
1.3.2. Prohibiciones.....	32
2. Responsabilidad del Interventor	33
2.1. La Responsabilidad en la Ley 1882 del 15 de enero de 2018	34

2.2. Clases de Responsabilidad.....	40
2.2.1. Responsabilidad Civil	40
2.2.2. Responsabilidad Penal	41
2.2.3. Responsabilidad Fiscal.....	42
2.2.4. Responsabilidad Disciplinaria.....	45
2.3. Referencia al derecho extranjero: España - Chile	49
2.3.1. España – Contrato de Concesión e Interventoría	51
2.3.1.1. La normatividad	58
2.3.1.2. Institucionalidad administrativa.....	61
2.3.1.3. Responsabilidad del interventor.....	62
2.3.2. Chile - Contrato de Concesión e Interventoría.....	58
2.3.2.1. La normatividad	65
2.3.2.2. Institucionalidad administrativa.....	67
2.3.2.3. Responsabilidad del interventor.....	68
2.3.3. Resultado del análisis al derecho extranjero	62
3. Conclusiones.....	66
4. Referencias.....	69

SIGLAS Y ABREVIATURAS

ANI	Agencia Nacional de Infraestructura
APP	Asociaciones Público Privadas
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CAF	Corporación Andina de Fomento
C. D.	Código Disciplinario Único
C. C. A.	Código Contencioso Administrativo
CCI	Cámara Colombiana de Infraestructura
C. E.	Consejo de Estado
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y del Caribe
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
C. S. J.	Corte Suprema de Justicia
DANE	Departamento Administrativo Nacional de Estadística
DNP	Departamento Nacional de Planeación
G. J.	Gaceta Judicial
INCO	Instituto Nacional de Concesiones
INVIAS	Instituto Nacional de Vías
MOP	Ministerio de Obras Públicas

LA INTERVENTORÍA EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL

RESUMEN

El presente estudio va encaminado en identificar el papel de los interventores en los contratos de concesión vial en Colombia, establecer la regulación normativa y el alcance de sus obligaciones, responsabilidades, competencia y funciones para ejercer control y vigilancia en los proyectos de infraestructura vial, en busca de definir si se contribuye o no en la prevención del daño al patrimonio del Estado.

ABSTRACT

The present study is aimed at identifying the role of the auditors in road concession contracts in Colombia, establishing regulatory regulation and the scope of their obligations, responsibilities, competence and functions to exercise control and surveillance in road infrastructure projects, in search of defining whether or not to contribute to the prevention of damage to the State's assets.

PALABRAS CLAVE

Contrato de Concesión Vial, Corrupción, Responsabilidad, Supervisión, Control, Vigilancia, Detrimento Patrimonial.

KEY WORDS

Contract of Road Concession, Corruption, Responsibility, Supervision, Control, Surveillance, Patrimonial Detriment.

INTRODUCCIÓN

En Colombia los contratos de concesión vial han sido utilizados como una de las formas para obtener recursos del sector privado y poder financiar los principales proyectos de infraestructura vial. En este sector, particularmente, se evidencian las limitaciones en infraestructura pública del Estado colombiano, y de un gobierno, como categoría general, que “no cuenta con los recursos suficientes para proveer nuevas infraestructuras al ritmo de las necesidades” (DNP, 2016, p. 2).

Con la creciente colaboración del sector privado en el desarrollo de la infraestructura pública, y en particular la red de carreteras y autopistas principales con la entrada en vigor de la *cuarta generación* de concesiones en el sector de la infraestructura de transporte, el sistema de concesiones viales,

ha tenido un despegue alentador que ha permitido canalizar recursos del sector privado a las obras viales. Sin embargo, se han presentado demoras en la ejecución de gran parte de estos proyectos. En este sentido, actividades como adquisición de predios y obtención de la licencia ambiental han generado sobre costos en los proyectos por la demora en su consecución. (DNP, 1995, p.3)

El Banco Mundial en su más reciente informe sobre financiamiento privado de infraestructura en América Latina y el Caribe mediante APP, advierte que:

una agenda sólida de financiamiento de infraestructura en América Latina, depende de un desacoplamiento del ciclo político y de la creación de arreglos de gobernabilidad institucional

y financiera. Por lo que se deben incluir las reformas legislativas en aras de la sostenibilidad fiscal de los proyectos. (2017, p.15)

En el derecho colombiano, la interventoría ha sido tradicionalmente concebida como una expresión del control que se debe ejercer sobre los recursos públicos. Los interventores son sujetos disciplinables, ya que se consideran como intervinientes en la contratación pública, a ellos deben aplicarse, los mismos principios a los cuales se encuentran sometidos los servidores públicos, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales.

En este contexto, surge la inquietud que orienta esta investigación, en el sentido de analizar frente al incremento de inversión en materia de infraestructura vial y ante los altos niveles de corrupción que se han registrado en los contratos estatales si ¿Es la interventoría la figura idónea para ejercer control y vigilancia en los proyectos de infraestructura vial en Colombia? Entendiendo que según el significado del diccionario de la real academia española, la palabra idóneo proviene del latín idoneus, significa: “lo que tiene buena disposición o suficiencia para alguna cosa”, también, se denomina la cualidad de idóneo a la aptitud, buena disposición o capacidad que algo o alguien tiene para un fin determinado, se habla también de idoneidad cuando se considera que alguien es adecuado, apropiado o conveniente, para desempeñar determinados cargos o funciones dentro de una organización.

Teniendo en cuenta lo anterior, con este trabajo de investigación se aborda lo referente al papel del interventor en los contratos de concesión vial en Colombia. Para esto, se realizará un análisis de las funciones y responsabilidades del interventor de proyectos de infraestructura vial. Se hará una referencia al derecho extranjero, para lo cual, se estudiarán los principales conceptos y aspectos generales de los marcos regulatorios de países como España y Chile, que han

desarrollado proyectos de infraestructura pública con participación privada y que son países referentes en el tema de la concurrencia de los sectores público y privado en la ejecución de políticas públicas.

La investigación se realiza bajo la modalidad de investigación teórica, ya que pretende dar claridad sobre el objeto de los interventores en Colombia. Se utiliza el método deductivo en el marco de un análisis netamente jurídico, con el fin de obtener resultados de tipo cualitativo a partir del análisis de la normatividad aplicable a los interventores en Colombia y el estudio de la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el tema.

1. Marco jurídico del contrato de concesión vial y del contrato de interventoría

Para el cumplimiento de sus fines, la administración frecuentemente recurre a sujetos particulares para materializar obras públicas de gran envergadura. Para comenzar a precisar, se debe diferenciar, *ab initio*, entre obra pública y contrato de obra pública, en cuanto a que el contrato de obra pública es solo uno de los medios o formas de realizar aquella.

Los modos de realización considerados tradicionalmente, son la concesión de obra pública y la ejecución directamente por la propia administración. Estas modalidades tradicionales las ilustra el tratadista Dromi (1997), quien distingue entre “el *método directo*, que es ejecutado por la propia administración; y el *indirecto*, por contrato de obra pública o por concesión de obra pública” (p. 416).

No es complicado afirmar que la construcción y puesta en funcionamiento de la red vial en Colombia se ha desarrollado, principalmente, por medio del contrato de concesión de obra pública. En el caso de las concesiones viales, es un esquema de contratación que utiliza el Estado para financiar el desarrollo de la infraestructura vial del país, con protagonismo de la inversión privada, lo que es explicable dado el profundo déficit en la infraestructura vial del país y los bajos indicadores de calidad de la infraestructura en general. Esto evidentemente lo reflejan los reportes de competitividad que se realizan en el orden mundial, lo que sumado a las dificultades que los entes territoriales afrontan a la hora de obtener financiamiento para cubrir sus necesidades de inversión, los requerimientos fiscales, los problemas para lograr el balance de los presupuestos operativos, niveles de deuda altos y bajos ingresos corrientes (DNP, 2016). Factores que sin duda alguna configuran un escenario complejo, lleno de dificultades y limitaciones de orden jurídico, técnico y económico.

A este contexto, se debe sumar la diversidad de transformaciones legislativas que se han tenido en los últimos 10 años en materia de contratación estatal (Matallana, 2009), que es otro factor de inestabilidad normativa. Siguiendo a Pedroza (2016), expresa que:

Colombia, en sintonía con otros países de la región, comenzó su programa de concesiones viales como mecanismo de desarrollo, aproximadamente en el año 1994. La experiencia en la ejecución de los primeros contratos de concesión generó resultados económicos diferentes a los esperados, por lo que el Estado ha venido implementando cambios normativos y ajustes al sistema de concesiones viales, con el fin de corregir las deficiencias, atraer inversión privada y alcanzar el fin último de mejorar en términos de calidad, eficiencia y cobertura, la infraestructura vial del país. (p. 130)

La Ley 1508 (2012), que autorizó la modalidad de APP, estableció que éstas son una nueva modalidad contractual, como “la denominación jurídica de un instrumento económico para la vinculación de capital privado a la ejecución de proyectos de interés para el Estado” (Benavides, 2014, p.12).

Esta ley consagra distintos esquemas de colaboración entre el sector público y privado, que pueden ser mediante APP de iniciativa privada, donde el sector privado asume todas las fases, contando con algunas ayudas públicas en el financiamiento; o bien de iniciativa pública en que el Estado se ocupa de la estructuración y parte del financiamiento, en tanto, que el sector privado se encarga de la construcción y el restante del financiamiento. Para el cumplimiento previo y riguroso en los proyectos de obra pública y de concesión, debe existir una planeación y maduración del proyecto traducido en preinversión, inversión y operación (CCI, 2010).

Se tiene entonces, que el proyecto de infraestructura pública no siempre se puede tomar ahora como sinónimo de obra del Estado. Aunque se debe reconocer que los grandes proyectos de infraestructura, ya sean de transporte en sus diferentes tipos, como carreteras, líneas de ferrocarril, puentes marítimos y aéreos; proyectos de infraestructura energética, redes de distribución de calor, redes de gasoductos y otras fuentes de energías como térmicas y nucleares; las infraestructuras hidráulicas, las redes de señales de televisión, entre muchas otras, requieren niveles de inversión que normalmente una empresa privada no administra, sino el Estado.

1.1. Concepto y alcance

Dentro de los antecedentes normativos de la contratación pública, podemos resaltar que desde que se expide el Decreto Ley 150 de 1976, y el Decreto Ley 222 de 1983, la contratación estatal tomó forma como conjunto de normas. En el Decreto Ley 150 (1976, art. 92), se definió el contrato de concesión como:

Aquel mediante el cual una persona llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra.

Lo que permite afirmar que estos decretos fueron los primeros en contener el sistema evolutivo de la contratación administrativa en Colombia,

del Decreto Ley 150 de 1976, se pasa al Decreto Ley 222 de 1983, que trata de ser un estatuto moderno de contratación, con importantes innovaciones normativas, pero que desde su expedición fue duramente cuestionado, a pesar de lo cual, durante muchos años fue el régimen

que estuvo vigente en Colombia para todo lo referente a la contratación administrativa. (Palacio, 2014, p. 24)

La Ley 80 (1993, art. 32, núm. 4) define así, el contrato de concesión:

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

Esta definición, concuerda con las definiciones de la concesión que contienen la Ley 143 de 1994 (artículo 65); Ley 286 de 1996; Decreto 1604 de 1966 (artículo 9); Decreto 1394 de 1970 (artículo 6); y la Ley 643 de 2001. En lo que se puede llamar una concepción unitaria sobre la concesión, que debe compaginarse con una concepción de lo que es la obra pública.

De igual forma el contrato de concesión de infraestructura vial está definido en la Ley 105 (1993, art. 30) que señala:

Del contrato de concesión. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus

entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial. (...).

Esta norma da claramente cuenta del concepto sobre esta figura, pues de conformidad con lo preceptuado, la Nación, los departamentos, distritos y municipios, tienen la facultad de otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Bohórquez y Camacho (2002), definen de manera general el contrato de concesión como un “mecanismo que se tiene para que el concesionario se obligue a cuenta y riesgo a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública a cambio de una remuneración que puede materializarse en derechos o tarifas” (p. 25).

Siguiendo con la Ley 105 de 1993, esta norma establece en su artículo 19, que la construcción y conservación de la obra que se otorga en concesión a un particular son tareas que corresponden a la Nación y a las entidades territoriales.

Como lo menciona Fonseca (2004),

el concesionario se distingue del simple contratista de obra, en que además de las labores constructivas propiamente dichas, aquel toma a su cargo la obligación de poner a funcionar la obra y mantenerla en funcionamiento. Siendo este el verdadero elemento diferenciador del contrato de concesión; lo que le hace tener un real y propio sentido dentro de la contratación pública, es el modelo según el cual los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto obtenga dentro de un plazo estipulado en el contrato, el retorno del capital invertido. (p. 28)

De manera que bajo el esquema de concesión, lo que produce determinada obra pública sujeta a este esquema, se asigna totalmente al concesionario, quien es un sujeto del sector privado y que conserva los beneficios hasta la obtención del retorno del capital invertido, siempre dentro del plazo contractual. El Estado solo recupera su inversión con los ingresos provenientes de la obra después de superado el período del contrato.

También se puede presentar el caso de una concesión sobre una obra existente, aunque la misma tendrá por objeto la modificación, conservación, o mejoramiento de lo ya construido, “supuestos en que el objeto de la concesión de obra o trabajo público sería impracticable si no existiera una obra preexistente” (Fanelli, 1989, p. 20). Esto no se puede concebir sin pensar en la concesión administrativa dentro del contexto del Estado social y democrático de derecho, como:

Una adecuada fórmula de explotación de los bienes, servicios y ejecución de obras de titularidad pública con trascendencia económica, esto es, rentables, y que mediante su explotación puedan implicar no solo la recepción de respuestas de satisfacción para las necesidades de la comunidad sino también la posibilidad de remuneración para los particulares que se involucren con el Estado, mediante la retribución de su actividad de conformidad con los modelos y fórmulas económicas previamente definidos de manera técnica, adecuada, proporcional, racional y ponderada. (Santofimio, 2010, p.18)

En términos generales según un informe del Departamento Nacional de Planeación DNP (2013):

Los contratos de concesión vial en Colombia de primera, segunda y tercera generación, han presentado atrasos significativos con relación a los cronogramas de obras originales,

controversias que han llevado a la instalación de múltiples tribunales de arbitramento, demandas y aplicación de multas por situaciones tales como adiciones en los contratos (en plazo y monto), obras adicionales ejecutadas sin el perfeccionamiento de todos los requisitos, sobrecostos prediales y ambientales, desplazamiento de cronogramas y el consecuente desbalance financiero en los contratos, controversias en los procesos licitatorios y de adjudicación, ofertas artificialmente bajas esperando renegociaciones posteriores, entre otros. (p. 13)

1.1.1. Partes del Contrato

Se ha dicho en la doctrina corriente por autores como Bendeck (1994), Escobar (1999) y Benavides (2004), que generalmente en la contratación pública intervienen dos partes: La entidad estatal como sujeto de derecho público en cumplimiento de una función administrativa, y un sujeto de derecho privado como colaborador, con interés patrimonial. También dentro de esta visión tradicional, encajan las personas privadas que por delegación ejerzan funciones públicas.

Sin embargo, el sistema de concesiones de infraestructura de transporte en el país, permite afirmar que la participación del sector privado tiene una incidencia constante en los proyectos de infraestructura vial. En este contexto, las políticas gubernamentales de planeación y desarrollo de concesión vial han sido objeto de revisión y observación, se han generado cambios en la estructura contractual de los proyectos en la búsqueda de la confianza del sector privado para la inversión y avance de la infraestructura vial.

En general, se puede afirmar que en la actualidad la ejecución de los proyectos de infraestructura de transporte, corresponde además del propio Estado, también a diversos actores

privados o mixtos. Dentro de este abanico de posibilidades, el Banco Mundial es uno de los actores que más ha promovido el desarrollo del sector del transporte, especialmente en países subdesarrollados y en vía de desarrollo. Actualmente, el Banco Mundial promueve las alianzas entre el sector público y privado para los grandes proyectos de infraestructura.

Con este objetivo, dicha institución ha promovido un amplio número de estudios e investigaciones en los que se evalúa la relación entre la inversión en infraestructura y el crecimiento económico, así como con su relación con los niveles de pobreza y calidad de vida. Como resultado, se ha encontrado la clara relación entre la infraestructura de transporte con el crecimiento económico y la reducción de la pobreza (Banco Mundial, 2017).

En relación con lo anterior, desde la doctrina se ha asegurado que:

En el sistema jurídico colombiano existen razones constitucionales y legales que permiten interpretar el artículo 19 de la ley 105 de 1993. Al analizar que no existe una facultad exclusiva para el Estado de acometer proyectos de infraestructura en el sector del transporte, coincide esta interpretación con la visión económica del Estado como proveedor de bienes públicos. (Palacios, 2000, p. 14)

Esta amplia y legítima participación de particulares en el desarrollo de la infraestructura pública solo se puede entender, como bien lo menciona López-Zamora,

a partir de la relación entre el principio de responsabilidad y la garantía del cumplimiento eficiente de las tareas públicas, marco en el que surge la responsabilidad estatal como respuesta al daño de sus agentes en ejercicio de sus funciones, hasta el punto de comprometer el patrimonio estatal, dando lugar a una corresponsabilidad entre estos y el Estado en cuanto

hace al manejo de los asuntos públicos”, en lo que se puede denominar una relación de corresponsabilidad patrimonial Estado-Servidor Público, y la obligación estatal de repetición contra el condenado. (2014, p. 128)

Igualmente, sobre la participación de los particulares en el desarrollo de la infraestructura pública también se pueden ejercer las facultades y medios de los que disponen las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual:

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado (...). (Ley 80, 1993, art.14, numeral 1º).

De lo visto hasta este punto, se puede entonces afirmar que en el cumplimiento de las actividades por parte del particular de funciones o actividades que corresponden a la ejecución de obras de infraestructura pública, tanto en la ejecución como en su interventoría, se enmarcan dentro del régimen de responsabilidad que rige al servidor público.

De modo que esta categoría de particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, en la que claramente caben los contratistas, consultores, interventores y asesores en la Contratación Estatal, determina que quienes ejercen sus actividades en tales

condiciones, son “sujetos activos de la Administración Pública, adquiriendo la condición jurídica de *servidor público por asimilación*” (López-Zamora, 2014, p. 132).

1.1.2. Características

Sobre la naturaleza de la obra pública, menciona el tratadista argentino Dromi (1997), que esta se puede conceptualizar desde tres aspectos: objetivo, subjetivo y finalista. Desde el punto de vista objetivo, quedan comprendidos dentro de la noción tanto los bienes muebles, inmuebles y objetos inmateriales, como los actos y operaciones relacionados con dicha obra, siguiendo el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Desde el punto de vista subjetivo, en cuanto al sujeto a quien pertenece la obra, puede ser una persona pública estatal o no estatal. Desde un punto de vista teleológico, la obra pública es considerada como tal si está destinada a la satisfacción de un interés general o colectivo. (p. 143)

El contrato de obra pública, como bien lo menciona Dromi (1997), no implica necesariamente la existencia de la obra pública, porque puede que por medio de él se realice una obra que no esté destinada a la utilidad general o colectiva. Por otra parte, la obra pública no supone necesariamente un contrato de obra pública, ya que existen otros modos para su ejecución, como la concesión de obra pública o la realización directa por parte de la administración. La obra pública es un resultado querido por la administración, en persecución del fin de la utilidad general, en tanto que el contrato de obra, la concesión de obra pública, son sus modos de concreción. (p. 416)

Este tipo de contrato goza de características evidentes, como son la bilateralidad, su onerosidad, el ser un contrato conmutativo, de tracto sucesivo, solemne, y una característica de

particular interés para los fines del presente análisis, que consiste en que es considerado un contrato *intuitu personae* (Expósito, 2004). Sobre esto, mencionar que el artículo 41 de la ley 80 de 1993 determina que los contratos estatales tienen el carácter de *intuitu personae*, una vez que se han celebrado, la posibilidad de cesión sobre los mismos exige la autorización escrita de la entidad contratante.

En el mismo sentido, como lo mencionan Bohórquez, et. al. (2002), el artículo 29 de la misma Ley 80, en el sentido de la selección objetiva excluía la consideración de factores o motivaciones subjetivas en la contratación pública, por tal razón, el concesionario es el llamado a ejecutar la concesión, y no puede ceder o transferir la misma sin autorización de la entidad concedente.

Autores como Gimeno (1993) sostienen que debido a la ausencia del Estado como parte del contrato, la contratación entre el concesionario y los terceros no puede calificarse de contrato administrativo, aunque en estos casos "por su evidente interés público, se encuentra sometida a intensa reglamentación" (p.116).

Entonces, es evidente que la Ley 105 de 1993, "le permite a las entidades territoriales entregar en concesión los diferentes proyectos de infraestructura vial, señalando una limitación al dar una calificación especial al concesionario en esta clase de contratos de concesión, pues debe ser un particular" (Bohórquez et.al., 2002, p. 88).

En cuanto a la recuperación de la inversión del concesionario privado, deben establecerse en el contrato los sistemas y fórmulas y es de cumplimiento obligatorio para las partes. Como se mencionaba anteriormente, lo más común es que la Nación, los departamentos, distritos y

municipios, establecen la fijación de peajes y la valorización como métodos para que el concesionario recupere la inversión.

En el mismo sentido, consolidando lo anterior, se pronunció el Consejo de Estado (18 marzo 2010). Volviendo a la norma, según se expresa en el artículo 30 de la Ley 105, el dueño de los ingresos que produce la obra otorgada en concesión, es decir, de los dineros que se recauden por medio de los sistemas de peaje o valorización, es el concesionario, que resulta ser generalmente del sector privado. Este privilegio, se extiende hasta el momento en que obtenga retorno de la inversión, dentro del plazo contractual.

Si bien es cierto que vencido el plazo del contrato, es el Estado quien puede recuperar su inversión por medio de los ingresos que produce la obra, en la concesión de infraestructura vial los concesionarios, aún vencido el tiempo del contrato, tienen la garantía de recuperar la inversión que realizaron.

Entonces, cuando el concesionario no pueda recuperar su inversión en el tiempo establecido contractualmente *ab initio*, la entidad pública que otorgó la concesión tiene la facultad de asignar partidas presupuestales. Allí se hace efectiva la llamada *garantía de ingresos mínimos*, a favor del concesionario y obviamente utilizando recursos del presupuesto de la entidad contratante.

Como forma de contrapeso frente al mecanismo de la *garantía de ingresos mínimos*, entendida como una facultad que le otorga la ley a la entidad concedente de asumir el riesgo de ingresos mínimos cuando los ingresos sobrepasen el máximo que está estipulado contractualmente, se tiene que:

tales ingresos adicionales pueden ser transferidos a la entidad concedente, conforme se vayan causando. Esto tiene como fin reducir el plazo de la concesión, además que los recursos que recibe la entidad por este concepto, pueden ser utilizados para obras adicionales en el propio sistema de infraestructura vial. (Bohórquez et.al., 2002, p. 88)

1.1.3. Seguimiento y control del contrato de concesión vial

El artículo 209 de la Constitución Política, cuando consagra que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales”, implica que el funcionario o persona natural o jurídica que sea designada para ejercer las funciones de interventor o supervisor en contratos que celebre el Estado, deberá conocer y aplicar los principios que orientan la actividad de la administración pública.

Tanto los funcionarios públicos como los particulares que gestionan recursos públicos, tienen la obligación de vigilar la correcta e idónea ejecución del objeto contractual para asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios y la efectividad de los derechos de los administrados. Es decir, que se entiende que colaboran con el Estado para la obtención de dichos fines, y en la misma línea, entonces deben responder por sus actuaciones gravemente culposas, por hechos y actos antijurídicos.

Por lo que Silva (2014) expresa:

La responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato de las entidades estatales corresponde al control interno; mientras que la intervención y participación del Ministerio Público, de la Fiscalía General de la Nación, de la Contraloría General de la

Nación, de la comunidad y la de los Cuerpos Consultivos del Gobierno, integran el control externo. (p. 31)

1.2. El contrato de interventoría en los contratos de concesión vial.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua define, en primer lugar, al interventor como aquel “que interviene”; en segundo lugar, como aquella “persona que autoriza y fiscaliza ciertas operaciones para asegurar su corrección”.

Con el Decreto Ley 150 de 1976 (art. 96), se incorpora por primera vez en la legislación la figura del interventor para la vigilancia del contrato estatal, a quien se le encomienda la verificación y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas. Silva (2014) señaló que:

La interventoría podía ser realizada por un funcionario o ser contratada con personas naturales o jurídicas, siempre que: 1. Tengan experiencia en el tema y 2. Se encuentren registradas, clasificadas y calificadas. En cualquiera de los dos casos, se exigía la calidad de ingeniero o arquitecto matriculado y con una experiencia no menor a tres años en obras de naturaleza y especificaciones comparables. (p. 33)

De la Ley 80 de 1993, en concordancia con lo preceptuado en la Ley 1474 de 2011, *Estatuto Anticorrupción*, (Cfr. artículos 44, 82, 83, 84 y 85), se desprende que de acuerdo con su naturaleza jurídica, se hace necesario contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable y jurídico del contrato a través de la interventoría, marco contractual en el que los interventores tienen amplias facultades de solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y por lo mismo, adquieren la responsabilidad de

mantener informada a la entidad contratante del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

De acuerdo con (CCE, 2017),

la interventoría es el seguimiento técnico a la ejecución de contratos de distintas tipologías, realizado por una persona natural o jurídica contratada para ese fin por la Entidad Estatal, en los siguientes casos: (i) cuando la ley ha establecido la obligación de contar con esta figura en determinados contratos, (ii) cuando el seguimiento del contrato requiera del conocimiento especializado en la materia objeto del mismo, o (iii) cuando la complejidad o la extensión del contrato lo justifique. (p. 5)

Otra definición de interventoría, se concibe como “actividad de control y vigilancia de un contrato estatal que tiene como objetivo verificar el cumplimiento integral de su objeto y de las obligaciones en él pactadas, coadyuvando a las partes contratantes para lograr una terminación exitosa del contrato” (Lemoine, 2009, p. 2).

Rincón (2011) y Silva (2014) exponen que hasta hace poco se podía afirmar la indefinición legal del contrato de interventoría, pues la Ley 80 de 1993 se limitó a catalogar a la interventoría como una especie de consultoría, sin siquiera mencionar como si se hacía en los anteriores decretos, cuáles eran las facultades del interventor (p. 37).

La interventoría es uno de los instrumentos para el ejercicio de los poderes de dirección y control de que es titular la Administración Pública. En la recta ejecución del contrato se afirma que el interventor desempeña una función pública, la misma de que es titular la entidad contratante.

En los contratos de concesión de infraestructura vial, el interventor asesora al representante de la entidad contratante y mantiene una supervisión constante sobre el funcionamiento de la obra. Se diferencia de la interventoría en el sector privado, que no es obligatoria aunque sí necesaria. En el sector privado, el interventor, generalmente se erige como representante del propietario en el proyecto y en la obra, y debe estar vinculado incluso desde la etapa de pre-factibilidad como consultor del proyecto.

En todo caso, sea en el sector público o privado, la interventoría tiene dos objetivos fundamentales que son la supervisión y el control. Esto significa que en el desarrollo de su actividad el interventor debe ser diligente, dando cuenta de los actos propios y asumiendo las consecuencias que de ellos se deriven; por lo que debe compartir y ayudar a que se cumplan sus objetivos y los de los demás, contexto donde la solidaridad supera el individualismo para actuar de manera colectiva (López, 2005).

Autores como Parra (2002), extienden la interventoría incluso hasta la celebración y finalización del contrato, que sería posible desde una definición en la que el objeto es el de “controlar, vigilar e inspeccionar la celebración, desarrollo y finalización de un contrato primigenio” (p. 37). Lo cierto, es que esta contratación es una forma de ejercer la función de control a través de un interventor.

Se puede considerar también al interventor como un colaborador especializado de la administración pública, para el desarrollo de actividades de verificación que se dirigen al logro del objeto contractual mismo. Esta finalidad justifica las funciones de dirección y control por parte de la entidad estatal.

Desde esta óptica, aparecen el interés general y la voluntad de servicio íntimamente relacionados con las actividades del interventor, hecho que incorpora los principios y valores de la actividad administrativa a los preceptos que rigen la interventoría. Esto redundaría en que el interventor sea un sujeto de responsabilidad patrimonial en los mismos términos que el servidor público, y en consecuencia, debe responder por toda conducta dolosa o gravemente culposa que genere un daño antijurídico que dé lugar a una condena a cargo del Estado.

En virtud de su complejidad e importancia, el contrato de interventoría conlleva el ejercicio de verdaderas potestades en cabeza del interventor, lo que permite asimilar dicha función al ejercicio de funciones públicas. Su función consiste en controlar que el contratista durante la ejecución de su contrato se ciña a los plazos, términos, y demás condiciones contractuales, garantizando la eficiente y oportuna inversión de los recursos establecidos contractualmente.

El interventor colabora con el contratista en la correcta ejecución de los trabajos con orden y eficiencia, resolviendo con prontitud los requerimientos técnicos del contratista, previniendo con su experiencia y análisis los posibles inconvenientes técnicos y financieros en el desarrollo del contrato. Así como también verificando y supervisando las actividades del contratista encaminadas a cumplir las especificaciones técnicas, actividades administrativas, requerimientos socio – ambientales, legales y presupuestales.

La Interventoría podría reemplazarse por una supervisión por parte de la entidad contratante, pero no sería lo más indicado, ya que en el contrato de concesión el concesionario efectúa tareas tales como infraestructuras generalmente complejas en las que se hace necesaria la presencia de la interventoría en cada una de las etapas del desarrollo del proyecto. En muchos casos, tanto la entidad contratante como el concesionario tienen esa supervisión.

Se desprende desde la Ley 80 de 1993, una confusión entre las actividades de interventoría y supervisión, tema que se abordará a continuación.

1.2.1. Interventoría y supervisión

La Ley 1474 (2011, art. 83) define la supervisión y la interventoría del contrato estatal resaltando su diferencia, en el siguiente sentido:

(...) La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la entidad estatal podrá contratar personal de apoyo a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

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

Se puede mencionar que la denominación de supervisión y de interventoría del contrato estatal, se han interpretado equivocadamente y la diferencia que tienen entre sí no siempre se diagrama con claridad. Esto se presenta porque en esencia, en las dos categorías, el agente

representa a la entidad estatal. De hecho, sus funciones son similares, las cuales, al igual que las obligaciones, están enmarcadas dentro del contrato y reglamentadas en la ley (Pedroza, 2016).

Sin embargo, existen factores que amparados en la normatividad vigente, marcan claramente diferencias entre estas dos figuras jurídicas. Como que el interventor es la persona contratada, un tercero, contratista independiente de la entidad, que tiene la obligación contractual de desarrollar las actividades que implican la vigilancia y el seguimiento del cumplimiento de los contratos.

Mientras que por supervisor, se entiende al servidor público de la entidad designado para los mismos fines y propósitos quien siempre será una persona natural. También existe una diferencia a partir de su naturaleza jurídica distinta, en el caso de la supervisión, cuando la interventoría es externa la entidad contratante debe designar un supervisor (servidor público), quien debe realizar las funciones de control y vigilancia.

Se distinguen entre las dos figuras las siguientes diferencias:

la supervisión es ejercida por la Entidad Estatal, mientras que la interventoría es realizada por persona natural o jurídica contratada para ese fin. La supervisión siempre involucra el seguimiento administrativo, financiero, contable y jurídico, la interventoría siempre involucra el seguimiento técnico y solo si la Entidad Estatal lo considera necesario, puede corresponder a temas financieros, contables administrativos y jurídicos. La supervisión no requiere conocimientos especializados y la interventoría sí. La supervisión siempre debe ser ejercida por un funcionario mientras que la interventoría siempre es ejercida por un contratista. (CCE, 2017, p. 5)

La supervisión y la interventoría son actividades que implican la representación de la entidad pública, dentro de la necesidad de vigilar, controlar y verificar la ejecución eficaz de los contratos públicos. En lo que también se puede referenciar como una verdadera forma de colaboración entre supervisor, interventor, y entidad pública, en la ejecución de los contratos públicos; esto, en tanto que el cumplimiento del objeto contractual debe ser asegurado con el fin de satisfacer los fines de la contratación pública.

En general, los contratistas tienen la obligación de cumplir con la prestación a su cargo, en las condiciones de calidad y estabilidad exigidas y deben ejecutarlas en lo que corresponde a su objeto, dentro del principio de la buena fe (Rodríguez, 2006), y serán responsables de los actos y hechos jurídicos que les sean imputables. Lo mismo se predica de los consultores y asesores que con sus conocimientos participan en el proceso de contratación pública y que hoy responden por todos los perjuicios que causan a las partes en el desarrollo de la actividad contractual.

La interventoría debe ser ejercida por un contratista, que puede ser una persona natural o jurídica, la cual debe ser contratada con arreglo a las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. En este caso, se puede presentar una especie de *función administrativa* de entes públicos no estatales, es decir, cuando “organizaciones o sujetos de carácter privado cumplen una gestión autónoma o de autoadministración, mediante el ejercicio de potestades públicas que reciben mediante delegación o autorización del Estado” (Dromi, 1997, p.168).

Mientras que la supervisión, es ejercida directamente por la entidad, lo que implica que ésta sea desarrollada a través de sus servidores públicos, para lo cual podrán contratar personal

de apoyo según las necesidades de la entidad, como lo señala expresamente la Ley 1474 de 2011. Se debe advertir que tanto el supervisor como el interventor representan a la entidad pública en el contrato y se encargan de ejercer las labores de seguimiento y vigilancia para la correcta ejecución de los contratos. Es decir, interventor y supervisor pueden llegar a compartir las mismas funciones.

Sin embargo, el posterior Estatuto Anticorrupción consagró como regla general, la no concurrencia en relación con un mismo contrato entre las funciones de supervisión y las de interventoría. Aunque la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría se deben indicar las actividades técnicas que estarán a cargo del interventor y las demás que quedarán a cargo de la entidad a través del supervisor.

La propia Ley 1474 (2011, art. 83) define la supervisión y la interventoría del contrato estatal resaltando su diferencia, en el siguiente sentido:

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la entidad estatal podrá contratar personal de apoyo a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos. La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante lo anterior, cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato

principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la Interventoría (Ley 1474, 2011).

Entonces, se tiene que en atención a la complejidad del objeto contractual y al efectivo cumplimiento de los fines del Estado, la entidad estatal conserva siempre las facultades de dirección y control sobre la forma y modo del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, y que el correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales asegura la satisfacción del interés público.

En este sentido, tal como lo señala Dromi (1997):

La facultad de dirección y control comprende un aspecto material, en el cual se determina si el contratista ejecuta debidamente los hechos que constituyen las prestaciones a su cargo; un aspecto técnico, sobre si la ejecución del contrato se ajusta a los requisitos técnicos contenidos en los planos aprobados, pliegos de condiciones y reglas del arte; un aspecto financiero, para verificar la realización de las inversiones, la debida formalización de adquisiciones y acopios, la fijación y percepción de las tarifas que correspondan y la aplicación de fórmulas de reajuste; un aspecto legal, en donde se controlan las condiciones jurídicas impuestas por el contrato, y el ejercicio de ciertos poderes otorgados o delegados en algunos casos al contratista. (p. 170)

Lo anterior, teniendo en cuenta que por regla general,

Las funciones de supervisión e interventoría no son concurrentes en relación con un mismo contrato. Sin embargo, en caso de que sea necesario, la Entidad Estatal puede determinar que la vigilancia del contrato principal se realice de manera conjunta entre un supervisor y un

interventor, caso en el cual en el contrato de interventoría deben indicarse las actividades a cargo del interventor, de tal manera que las demás actividades de vigilancia se entienden a cargo del supervisor, sin que en ningún caso pueda haber duplicidad de funciones. En estos casos, también es recomendable que en la designación que se haga al supervisor del contrato se especifique el tipo de seguimiento que debe hacer a la ejecución contractual, con el fin de que sepa que algunas de las actividades propias de la supervisión van a ser ejercidas por la interventoría. (CCE, 2017, p. 6)

1.2.2. Clases de interventoría

Aunque generalmente, como afirma Vidal (2002), se ha tenido la convicción de que la interventoría atiende única y exclusivamente aspectos técnicos y administrativos. En realidad para ejercer una buena labor de interventoría se deben tener en cuenta una serie de aspectos fundamentales que se encuentran interrelacionados y son complementarios. El referido autor, señala como fundamentales los aspectos técnico, contable, económico, de seguridad industrial y aseguramiento de la calidad, ambiental, legal y administrativo.

Más allá de lo referido, la interventoría en los contratos de interventoría típicos en Colombia es de carácter técnico, económico, financiero, contable, jurídico, administrativo, operativo, ambiental, social y predial. Lo que se traduce en que la actividad del interventor se extiende desde la supervisión del área económica, minimizar los impactos ambientales negativos y aplicar instrumentos de gestión social, hasta incluso la adquisición de las áreas requeridas para la ejecución del propio contrato, la consecución y mantenimiento de seguros, pólizas y garantías, la gestión de riesgos, gestión de aforo y recaudo, gestión contable y gestión del sistema de calidad.

En el presente análisis, sin embargo, se estudian los aspectos técnicos, administrativos y financieros, por ser de mayor relevancia para el propósito del presente trabajo de investigación.

1.2.2.1. Interventoría técnica.

La interventoría en contratos de infraestructura en general, en su aspecto técnico, se refiere a la:

Medición, evaluación y verificación de procedimientos, intervenciones y desempeño del concesionario en el área técnica durante las diferentes etapas del contrato de concesión. Dentro de los aspectos técnicos, está el supervisar y hacer seguimiento al control presupuestal durante la ejecución del proyecto, de tal manera que se pueda determinar en cualquier momento el costo agregado de construcción durante esta etapa. (Sánchez, 2010, p. 81)

Este aspecto de la interventoría, “tiene como fin conservar el nivel de servicio mínimo, de acuerdo con las condiciones establecidas en el contrato, lo que implica vigilar que la operación del proyecto se esté llevando a cabo de acuerdo con el reglamento para la operación del proyecto concesionado” (Sánchez, 2010, p. 81). Dentro de la interventoría técnica, en cuanto al aspecto estructural del proyecto, aparece también la figura del supervisor técnico, cuya función puede ser ejercida también por el interventor.

El supervisor técnico es el profesional, generalmente ingeniero civil o arquitecto, que tiene la responsabilidad de realizar la supervisión técnica, pudiendo delegar parte de las labores de supervisión en el personal técnico auxiliar que trabaja bajo su dirección y responsabilidad.

Como funciones de la Interventoría técnica están:

verificar y aprobar la existencia de las condiciones técnicas para iniciar la ejecución del contrato (por ejemplo planos, diseños, licencias, autorizaciones, estudios, cálculos, especificaciones, etc.); verificar que el contratista suministre y mantenga el personal o equipo ofrecido, con las condiciones e idoneidad pactadas inicialmente y exigir su reemplazo en condiciones equivalentes cuando fuere necesario; estudiar y decidir los requerimientos de carácter técnico que no impliquen modificaciones o sobrecostos al contrato; justificar y solicitar a la Entidad Estatal las modificaciones o ajustes que requiera el contrato; solicitar que la Entidad Estatal haga efectivas las garantías del contrato, cuando haya lugar a ello, y suministrarle la justificación y documentación correspondientes. (CCE, 2017, p. 10)

1.2.2.2. Interventoría administrativa.

Básicamente la interventoría administrativa nace de las obligaciones esenciales de gestión administrativa que recaen sobre el interventor. En virtud de las mismas, el interventor deberá realizar los procesos y actividades necesarios para la gestión administrativa del contrato de concesión, lo cual implica el establecimiento de un sistema de coordinación y comunicación eficiente con las contrapartes (Lemoine, 2009).

Esto incluye, especialmente, la entrega y archivo de información de forma oportuna y organizada, la digitalización de correspondencia y documentación del proyecto, la recepción y verificación de informes, entre otros.

Las funciones de la Interventoría administrativa se enmarcan en:

velar porque exista un expediente del contrato que esté completo, actualizado y que cumpla las normas en materia de archivo; coordinar las instancias internas de la Entidad Estatal

relacionadas con la celebración, ejecución y liquidación del contrato, por ejemplo: (celebración) pólizas, impuestos, y documentos para la celebración del contrato, etc: entregar los informes que estén previstos y los que soliciten los organismos de control; garantizar la publicación de los documentos del contrato, de acuerdo con la ley; verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista en materia de seguridad social, salud ocupacional, planes de contingencia, normas ambientales, etc, de acuerdo con la naturaleza del contrato. (CCE, 2017, p. 9)

1.2.2.3. Interventoría financiera y Contable

En el aspecto financiero, se debe supervisar que el concesionario cumpla con el programa de consecución de recursos, constitución del fideicomiso y demás actividades necesarias para la financiación del proyecto, de acuerdo con lo establecido en el contrato. Se debe supervisar el costo financiero de los recursos, vigilar el cumplimiento del programa de provisiones de financiamiento e inversiones, supervisar los desembolsos que realizará el fideicomiso.

Implica la vigilancia del cumplimiento del programa de amortización de créditos, y controlar en forma permanente los ingresos y egresos producidos por la operación del proyecto. Este aspecto de la interventoría involucra el cumplimiento por parte del concesionario de los requisitos financieros establecidos en el contrato y demás documentos de la licitación; supervisar el control del aforo y la composición de los usuarios o equipos que se utilizan en el proyecto; llevar estadísticas permanentes de los recaudos realizados por el concesionario durante las etapas de construcción y operación. Así, como asesorar a la entidad contratante en el establecimiento de los déficit o superávit que se presenten frente a las garantías establecidas en el contrato (CCE, 2014).

De igual forma implica:

Revisar los documentos necesarios para efectuar los pagos al contrato, incluyendo el recibo a satisfacción de los bienes o servicios objeto del mismo. Documentar los pagos y ajustes que se hagan al contrato y controlar el balance presupuestal del contrato para efecto de pagos y de liquidación del mismo. Verificar la entrega de los anticipos pactados al contratista, y la adecuada amortización del mismo, en los términos de la ley y del contrato. Verificar que las actividades adicionales que impliquen aumento del valor o modificación del objeto del contrato cuenten con autorización y se encuentren justificados técnica, presupuestal y jurídicamente. Coordinar las instancias necesarias para adelantar los trámites para la liquidación del contrato y entregar los documentos soporte que le correspondan para efectuarla. (CCE, 2017, p. 10)

1.3. Funciones y prohibiciones de la interventoría

En cuanto al marco general de funciones y prohibiciones de los interventores, cabe destacar que el artículo 56 del Código Disciplinario Único, equipara al interventor externo con el servidor público, por cuanto, se considera que cumple funciones públicas. Este régimen, implica que los interventores se ciñen al cumplimiento de los deberes de los servidores públicos, entre los que se debe destacar el cumplimiento de las obligaciones contractuales con diligencia, eficiencia e imparcialidad y la observancia en sus actuaciones de los postulados de la buena fe.

Aponte (2014), destaca que a nivel normativo en la (Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y sus Decretos Reglamentarios):

Hay ausencia de un desarrollo expreso sobre la función de planeación en el contrato estatal de obra, pero que sin embargo, existen referentes que aluden a la exigencia de realizar ciertas actividades que pueden satisfacer el deber de conocimiento previo, sobre el futuro del contrato desde diferentes ópticas. Es viable considerar que tanto los administradores públicos, los contratistas, interventores y supervisores no han asumido desde sus funciones la planeación de manera práctica, dinámica e integral y han dejado el desarrollo de los contratos a una ejecución de términos negociables. (p. 29)

Se debería contemplar dicha previsión como función general del interventor, en aras de lo que ha dicho el Consejo de Estado (31 agosto, 2006) sobre la vocación de los contratos estatales. Es decir, “la sostenibilidad y continuidad en el tiempo, para el cumplimiento de los objetivos de la responsabilidad social y buen gobierno corporativo, de tal modo que el erario público sea aprovechado de manera óptima, sirviendo lo contratado al desarrollo con justicia social”.

Como bien lo enfatiza Aponte (2014), en la jurisprudencia contencioso administrativa la planeación es un concepto en construcción, donde se muestra como un principio que orienta la actividad administrativa de contratación pública, con la finalidad de lograr eficacia y eficiencia en la misma, argumentando que una indebida planeación afecta de manera especial la ejecución contractual. Según esto, la planeación no es una actividad estática que se agota con la celebración del negocio jurídico, sino que está inmersa tanto en la etapa previa, como en la ejecución del contrato.

1.3.1. Funciones Generales

El interventor, como actividad general, debe ejercer, en nombre de la entidad estatal correspondiente, un control integral sobre el contrato, lo que implica que puede exigir al contratista la información y exigir la adopción de medidas para mantener las condiciones técnicas, económicas y financieras durante el desarrollo del contrato.

Como postulado general, se tiene que las funciones de control y vigilancia atribuidas por la ley a los supervisores e interventores los ubica en un punto medio entre la entidad y el contratista, con un alto grado de responsabilidad, no solo para el seguimiento del contrato, sino para la adopción de medidas por parte de la entidad, basadas en los informes que le sean puestos en conocimiento, por quien ejerce en su nombre, funciones de vigilancia y control de los recursos públicos (Corte Constitucional. Sentencia C-037, 2003).

Dentro del desempeño de sus funciones el interventor o supervisor debe tener en cuenta las cláusulas consagradas en el contrato y, entre otras, las normas que se describen a continuación, cuando ellas sean aplicables: Artículos 6, 123 y 124 de la Constitución Nacional, y Artículo 23 de la Ley 80 de 1993, donde se indica que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

1.3.2. Prohibiciones

Los interventores se encuentran sujetos al régimen general de prohibiciones del servidor público, sobre prohibición de nepotismo (Art. 126 C.N.), de celebración de contratos, (Art. 127 C.N.) y de desempeñar más de un empleo público simultáneamente (Art. 126 C.N.). Igualmente,

se debe ajustar a lo establecido en el Estatuto Anticorrupción y sus decretos reglamentarios, son normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y que fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa.

En concreto, a los supervisores e interventores les está prohibido:

a) Adoptar decisiones, celebrar acuerdos o suscribir documentos que tengan por finalidad o como efecto la modificación del contrato sin el lleno de los requisitos legales pertinentes; b) Solicitar y/o recibir, directa o indirectamente, para sí o para un tercero, dádivas, favores o cualquier otra clase de beneficios o prebendas de la entidad contratante o del contratista; o gestionar indebidamente a título personal asuntos relativos con el contrato; c) Omitir, denegar o retardar el despacho de los asuntos a su cargo; d) Entrabar las actuaciones de las autoridades o el ejercicio de los derechos de los particulares en relación con el contrato; e) Permitir indebidamente el acceso de terceros a la información del contrato; f) Exigir al contratista renunciaciones a cambio de modificaciones o adiciones al contrato; g) Exonerar al contratista de cualquiera de sus obligaciones contractuales; h) Actuar como supervisor o interventor en los casos previstos por las normas que regulan las inhabilidades e incompatibilidades. (CCE, 2017, p. 14)

2. Responsabilidad del Interventor

En su acepción más básica, menciona la doctrina Younes Moreno (2000) que:

El término *responsabilidad* proviene del verbo latino *respondere*, el cual indica la posibilidad del sujeto para ser garante, lo que implica asumir las consecuencias de un determinado acto.

En la significación contemporánea del término, se entiende genéricamente que las conductas que vulneran los intereses que protege el Derecho, originan el reproche orientado a la determinación de la responsabilidad. (p. 27)

Silva, (2014), expone que:

La responsabilidad del interventor no es exclusiva de la normativa contractual de hoy, esta figura ya aparecía legitimada por el Decreto Ley 150 de 1976, donde se precisó que frente a la calidad de interventor éste deberá responder penal y civilmente, posteriormente fue prevista en el Decreto Ley 222 de 1983. Con la Ley 80 de 1993, se extendió dicha responsabilidad a los consultores y asesores, mediante el artículo 53 en el que se señalan las responsabilidades de estas figuras de vigilancia y control. (p.117)

Como ya se ha mencionado, la responsabilidad de los interventores fue consagrada positivamente desde antes de la Ley 80 de 1993, modificada por el Estatuto Anticorrupción y actualmente regulada en la Ley 1882 de 2018. La responsabilidad recaía, en principio, en el funcionario u órgano que toma la decisión, ya sea por ser el titular de la facultad de contratación o por haberla recibido en delegación, lo que Schmidt-Assman llama la legitimación institucional y funcional de la Administración, “con la que se designa la posición directa que la Constitución le ha otorgado al Ejecutivo, para subrayar su propia autonomía e identidad ante el poder legislativo y judicial” (Schmidt, citado por Barnés, 2012, p. 66).

2.1. La Responsabilidad en la Ley 1882 del 15 de enero de 2018

Esta iniciativa fue presentada por el Ministro de Transporte, el día 8 de agosto de 2016; en la exposición de motivos presentó a consideración:

La modificación de algunas normas de contratación pública, con el objeto de introducir medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual que permitan aprovechar las grandes inversiones que en materia de infraestructura se están realizando en el país. La idea surgió de la necesidad de eliminar una serie de sesgos interpretativos que han hecho carrera en las entidades contratantes, cuya principal consecuencia ha sido el debilitamiento del sistema de compras públicas. Si bien desde diversos sectores se ha sustentado que con la debida aplicación de los principios que rigen la contratación administrativa se pueden superar estos yerros hermenéuticos, la realidad dicta que es necesario modificar normas puntuales que hoy, por el alcance arbitrario del que están siendo objeto, están generando efectos contrarios a los fines del Estado. (Gaceta del Congreso No. 605 de 2016)

En el alcance del proyecto se estableció que:

Precisamente, durante los últimos años Colombia le ha apostado a la inversión en materia de infraestructura, con la única finalidad de construir un entorno propicio para la competitividad. De esta manera, en el bienio que está por culminar se han adjudicado diferentes proyectos viales y aeroportuarios cuyas inversiones ascienden a más de 50 billones de pesos, cifra récord en la historia del país. Este logro ha sido posible, en gran parte, por los diferentes ajustes que en materia legislativa se han llevado a cabo en los últimos cinco años. Prueba de ello han sido las leyes 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, que dotó de herramientas a los diferentes estamentos del Estado para dar una férrea lucha contra la malversación de fondos destinados a la contratación pública; 1508 de 2012 o ley de asociaciones público-privadas, mediante la cual se creó el marco jurídico para la vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura; y 1682 de 2013 o ley de infraestructura, norma esencial para resolver los

conflictos prediales, ambientales y de redes, obstáculos tradicionales para la ejecución de los grandes proyectos de infraestructura.

No obstante estos importantes avances, el marco normativo vigente aún requiere de algunos ajustes menores pero indispensables para dotar de herramientas al aparato estatal en la lucha contra la corrupción, fortalecer las empresas del sector, eliminar medidas de responsabilidad de los interventores que atentan contra el principio de igualdad, organizar la contratación y aprovechar la correcta marcha de los nuevos proyectos de infraestructura de transporte. En ese orden de ideas, el proyecto se esmera en promover la sana competencia e igualdad de oportunidades de los partícipes en los procesos contractuales. De esta forma, en el articulado se eliminan algunos obstáculos para los interventores y consultores en ingeniería, que hoy constituyen un desincentivo para la celebración de este tipo de contratos y en consecuencia la desaparición de algunas de estas empresas. (Subrayado fuera del texto original). (Gaceta del Congreso No. 605 de 2016)

Por tanto, dicha iniciativa buscaba la creación de pliegos de condiciones tipo que serían aplicados para todos los contratos estatales, modificar aspectos precisos de las normas de contratación, con el fin de suscitar la sana competencia e igualdad de oportunidades de los partícipes en los procesos contractuales. Con el proyecto de ley se pretendía implantar medidas para el fortalecimiento, la eficiencia y la transparencia en la gestión contractual que permitieran aprovechar las grandes inversiones que en temas de infraestructura se están realizando en el país.

Se parte de la base que la normatividad actual necesitaba ajustes imprescindibles que confieran herramientas al aparato estatal en la lucha contra la corrupción, fortalecer las empresas del sector, regular medidas de responsabilidad de los interventores salvaguardando el principio

de igualdad, lograr organización en el tema de contratación y aprovechar el correcto desarrollo de los nuevos proyectos de infraestructura de transporte (PL No. 285 de 2017 Cámara, 84 de 2016 Senado).

Ley que fue sancionada el 15 de enero de 2018, con el número 1882 de 2018, para fortalecer la contratación pública en Colombia. En su artículo 2, modificó el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, de la siguiente forma:

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

Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden conforme con el contrato de interventoría. (Subrayado fuera del texto).

Del texto resaltado en el artículo anterior, se precisa el avance en cuanto a la modificación del artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, es decir, que esta inclusión que trae la nueva Ley 1882 de 2018, en su artículo 2, delimita el alcance de la responsabilidad de los interventores, en el sentido de que el criterio para determinar la responsabilidad cambia, se modifica, si bien antes se interpretaba que el interventor respondía por la acción u omisión de obligaciones más allá del alcance de su propio contrato de interventoría, es decir, los interventores respondían no solo por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría sino también por la ejecución del contrato vigilado, hoy con la nueva ley se incluye responsabilidad hasta la etapa de liquidación de los contratos pero se acota la responsabilidad de los interventores a los daños o perjuicios derivados de hechos u omisiones que provengan del incumplimiento o responsabilidad directa de las obligaciones que le sean atribuibles conforme con el contrato de interventoría.

Entonces, la Ley 1882 de 2018, lo que hace es adicionar medidas que regulan la responsabilidad de los interventores, garantizando el principio de igualdad y llenando vacíos en la interpretación de la norma, es decir modificando la interpretación de responsabilidad objetiva que se entendía del artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, aclarando los límites de la responsabilidad y del contrato de interventoría, sin embargo ya existen críticas a la ley, al considerar que se libera de responsabilidad a la entidad estatal quien es la llamada a responder porque estructura, tiene la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato.

En tanto que, frente a la responsabilidad solidaria que trata el parágrafo 3 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, sigue vigente esta norma específicamente en cuanto a que el interventor

que no haya informado oportunamente a la entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

De la anterior anotación puede existir confusión, puesto que se modifica el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, sin embargo sigue vigente el artículo 84 de la misma ley, lo que quiere decir que frente al tema de la responsabilidad del interventor hay que realizar una interpretación en el sentido literal de la Ley en consonancia con el espíritu y motivación de la Ley 1882 de 2018.

De igual forma, se delimita la responsabilidad de los interventores en las APP, ya que el artículo 7 de la Ley 1882 de 2018, modificó el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

Artículo 33. La elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos, se podrán contratar mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor.

En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista. Dichos interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o

responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden con el contrato de interventoría.

Lo que significa que esta nueva ley es materia de estudio en este trabajo de investigación, al traer un avance favorable para los interventores frente al tema de responsabilidad, puesto que ya se someten tan solo a las obligaciones pactadas en el contrato de interventoría y se podrá imputar responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria, por responsabilidad directa e indirecta, siempre y cuando los perjuicios provengan de obligaciones que le correspondan conforme al contrato de interventoría, aquí en este último aparte es donde se hace la diferencia, el avance normativo, la limitación de responsabilidad, rescatando en sí el principio de responsabilidad subjetiva aplicable en el orden jurídico Colombiano.

2.2. Clases de Responsabilidad

2.2.1. Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil hace referencia a la obligación que surge para una persona de reparar el daño que ha causado a otro normalmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios. En el caso de los supervisores e interventores, la responsabilidad civil establecida en la Ley 80 de 1993 se materializa a través de la acción de repetición o el llamamiento en garantía, que debe ejercerse por parte de la Entidad Estatal cuando la misma resulta condenada a causa de daños generados por el incumplimiento, por acción u omisión, de su función de control y vigilancia sobre determinado contrato estatal.

Así mismo, el interventor o supervisor que no haya informado oportunamente a la entidad estatal del posible incumplimiento parcial o total de alguna de las obligaciones a cargo del

contratista del contrato vigilado o principal, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento.

Siguiendo lo expresado por (CCE, 2017);

Es importante precisar, que para efectos del ejercicio de las mencionadas acciones, el contratista que apoya las labores de supervisión y el interventor son considerados por la Ley como particulares que ejercen funciones públicas en lo que tiene que ver con la celebración, ejecución y liquidación de los contratos celebrados por las Entidades Estatales. Para que exista responsabilidad civil y por tanto pueda ejercerse cualquiera de las acciones antes mencionadas, es necesario que la actuación del supervisor o interventor hubiera sido dolosa o gravemente culposa. (p. 11)

2.2.2. Responsabilidad Penal

Para (CCE, 2017):

La responsabilidad penal es aquella derivada de actuaciones que transgreden, sin justificación legítima, los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal. En el caso particular de los supervisores e interventores que para este tipo de responsabilidad también son considerados particulares que ejercen funciones públicas, la responsabilidad penal se configura cuando cualquiera de ellos incurre en alguna de las conductas tipificadas como delitos contra la administración pública, es decir, peculado, concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y prevaricato. (p. 13)

Según Pérez (1997) argumenta,

en su calidad de sujeto que se asimila a un servidor público, el interventor responde penalmente como persona natural, en tanto que de acuerdo con la Constitución, la ley o el reglamento, ejerce una función pública, en forma permanente o transitoria y presta sus servicios al estado y a la comunidad mediante una vinculación jurídica. (p. 436)

En el código penal art. 20 y en el código disciplinario único y en el estatuto anticorrupción, el común denominador como elemento de dicha responsabilidad, es el ejercicio de funciones públicas.

Asimismo, el artículo 53 del Estatuto Contractual (Ley 80 de 1993) contempla la responsabilidad penal de los interventores. El artículo 56, equipara al interventor externo con el servidor público, por cuanto, se considera que cumple funciones públicas.

El interventor, en concreto, puede incurrir en cualquiera de los delitos contra la Administración Pública como sujeto activo, es decir: peculado, concusión, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y prevaricato y en especial los relacionados con la contratación estatal, como la violación al régimen general de inhabilidades e incompatibilidades, el interés ilícito y la celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales.

2.2.3. Responsabilidad Fiscal

La Ley 610 de 2000, que reguló la responsabilidad fiscal en sus aspectos sustanciales y de procedimiento, se complementó con la Ley 1474 de 2011, en cuanto a los actos que lesionan el patrimonio público por parte de servidores públicos y contratistas que ejerzan gestión fiscal, sin embargo, se debe tener presente lo estipulado frente al límite de la responsabilidad que menciona la nueva Ley 1882 de 2018.

Para (CCE, 2017):

La responsabilidad fiscal es aquella imputable a los servidores públicos y/o a 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. La responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos. (p. 12)

Si se analiza la reciente reforma del Acto legislativo 02 de 2015, que adoptó la reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional, se puede concluir como bien lo señala Gómez Lee (2017), pues en lo relacionado con el control fiscal, realmente lo que hizo la nueva norma ha sido politizar aún más el proceso de elección del Contralor General, quien es la cabeza principal del sistema de control en Colombia.

De tal modo que ahora es el Congreso de la República el órgano que realizará la postulación de candidatos. Aunque se prevé una convocatoria pública de la que deben seleccionarse a los candidatos antes de la elección por el legislativo, este nuevo sistema le otorga demasiada injerencia al legislativo en este ámbito del control fiscal, ante lo cual “cabe preguntarse si en dicho contexto se podría cumplir el ideario de un control fiscal y una responsabilidad de carácter más técnico que político” (Gómez, 2017, p. 48).

Para Gómez (2012) la responsabilidad fiscal del interventor puede ocasionarse por conductas consistentes en recibir pagos contractualmente pactados, sin darse cumplimiento a las obligaciones del contrato; omitir el deber de vigilancia, seguimiento y control pero recibir la cancelación por este concepto, principalmente.

Por su parte Ossa (2000) expresa:

Esta clase de responsabilidad es personal porque quien responde es la persona que maneja o administra los recursos públicos. La responsabilidad fiscal hace referencia a los funcionarios de manejo, es decir, a los que administran, custodian o recaudan dineros o bienes oficiales. Estos tienen por su especial labor, la obligación de rendir cuentas de su gestión y de reintegrar lo que en su contra resulte. (p.103)

Son responsables fiscales los supervisores o interventores cuando por el incumplimiento de sus funciones de control y vigilancia sobre determinado contrato estatal se ocasiona un detrimento patrimonial para la Entidad Estatal, sin embargo en el segundo artículo de este trabajo de investigación se analizará lo concerniente a la responsabilidad fiscal del interventor y su imputación de responsabilidad fiscal solidaria, la cual es diferente a la solidaridad que trata el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011.

No obstante, la responsabilidad fiscal puede ser consecuencia de deficiencias en la ejecución del objeto contractual o en el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad establecidas en el contrato vigilado.

También (CCE, 2017) refiere:

Además, en su calidad de gestores fiscales se presume que los supervisores o interventores de los contratos incurren en responsabilidad fiscal: i) a título de dolo fiscal cuando por los mismos hechos haya sido condenados penalmente o sancionados disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título. ii) A título de culpa grave cuando se omite 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 y cuando se incumpla 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. (p. 12)

A tal punto es la importancia del principio de planeación, que, el incumplimiento de las previsiones ocasiona sobre costos, obras inconclusas por fallas en los estudios técnicos, suspensión del contrato por falta de licencias o permisos previos, baja estabilidad de la obra o calidad del bien o servicio, como quiera que falla la carga de planeación que tienen los funcionarios responsables de la entidad, o particular que hubiese sido contratado para ese fin, el cual de ser incumplido puede llegar a generarle responsabilidad fiscal al encargado por la omisión. (Gómez, 2012, p. 210)

Se entiende por gestión fiscal la administración o el manejo de bienes y recursos públicos. La responsabilidad fiscal Ley 610 de 2000 artículo 1° es la que se imputa a los servidores públicos o a 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.

2.2.4. Responsabilidad Disciplinaria

Como bien se estima en la doctrina nacional, las responsabilidades que pueden imputarse al servidor público dimanar tanto de la Constitución, como de la ley, por el especial vínculo que los une con la administración pública. Las normas que fundamentan la responsabilidad del

interventor en los contratos de concesión de infraestructura vial, verbigracia, el artículo 45 de la Ley 1474 de 2011, mediante la que se modificó el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002, determinan que el interventor de los contratos estatales responderá por falta gravísima, en los casos consagrados en el artículo 48 del Código Disciplinario Único, en cuanto resulten compatibles con su función.

Teniendo en cuenta la responsabilidad disciplinaria de los interventores, la Ley 1474 (2011, art. 44) establece que “los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales” serán sujetos disciplinables y que “Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva”.

La responsabilidad disciplinaria se configura cuando un servidor público o particular que ejerce funciones públicas incurre en alguna de las faltas estipuladas en el Código Disciplinario Único que implique el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único.

Para el caso específico de los supervisores e interventores, la responsabilidad disciplinaria se configura cuando:

- i) no se exigen la calidad de los bienes y servicios contratados acordada en el contrato vigilado o exigida por las normas técnicas obligatorias, ii) se certifica como recibida a satisfacción una obra que no ha sido ejecutada a cabalidad y iii) se omite el deber de informar a la Entidad Estatal contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de

corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento. En todo caso y de manera general, los supervisores e interventores son responsables disciplinariamente por el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley. (CCE, 2017, p. 13)

En el Caso de la Profesión de Ingeniería, fue sancionada la Ley 842 de 2003 “Por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesionales afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones”, la cual establece las funciones del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA, quien se encarga de todo el régimen disciplinario cuando se ha incurrido en violación al Código de Ética Profesional, en definir la falta y la sanción respectiva, que puede ser: 1. Amonestación escrita; 2. Suspensión en el ejercicio de la profesión hasta por cinco (5) años; y 3. Cancelación de la matrícula profesional, de igual forma el artículo 13 establece:

Al ejercer ilegalmente la profesión de la Ingeniera, de sus profesiones afines o de sus profesiones auxiliares incurrirá en las sanciones que decrete la autoridad penal, administrativa o de policía correspondiente, la persona que sin cumplir los requisitos previstos en esta ley o en normas concordantes, practique cualquier acto comprendido en el ejercicio de estas profesiones. En igual infracción incurrirá la persona que, mediante avisos, propaganda, anuncios profesionales, instalación de oficinas, fijación de placas murales o en cualquier otra forma, actúe, se anuncie o se presente como Ingeniero o como Profesional afín o como

Profesional Auxiliar de la Ingeniería, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley.

El Tribunal de Ética del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería – COPNIA, es el organismo que se encarga de sancionar a los profesionales Ingenieros y actualmente adelanta todas las quejas e investigaciones disciplinarias por faltas a la Ética Profesional.

La Asociación Colombiana de Ingenieros - (ACIEM, 2017), Frente a el interrogante de ¿Cómo enfrentar la corrupción que agobia al país? publicó un artículo de reflexión donde menciona frente al caso Odebrecht que ha superado todas las expectativas, el escándalo ya ha comprometido a los gobiernos de varios países, en Colombia esta empresa brasileña hizo pagos por 11 millones de dólares en sobornos para obtener la adjudicación de inmensos proyectos. Sin embargo, este es solo un síntoma más de la descomposición social y la corrupción que aquejan a nuestro país y al mundo.

En Colombia, el fenómeno de la corrupción se replica en los niveles municipal, departamental y nacional, y no solo en grandes proyectos, sino también en pequeñas y medianas contrataciones. La pérdida de legitimidad y la consecuente destrucción de la democracia, la desintegración de los vínculos comunitarios, la afectación de la productividad, el impacto negativo sobre el crecimiento económico, el estancamiento de los ingresos de los ciudadanos, el aumento de la desigualdad y la injusticia, entre otros problemas que engendra la corrupción, comprometen los cimientos de cualquier sociedad.

Por tal motivo, el Estado, las instituciones públicas y privadas y los ciudadanos tienen que unir esfuerzos para enfrentar y vencer la corrupción. Por supuesto, esta tarea tiene

proporciones inmensas, pero hay que acometerla cuanto antes. Al Estado le corresponde adecuar el sistema jurídico para eliminar, o por lo menos disminuir de manera apreciable, la comisión de actos de corrupción en la contratación pública.

Entonces, no es solo un problema de idoneidad profesional, sino que se deben implementar cada vez mecanismos más eficaces que minimicen las posibilidades de desviación de los dineros públicos, garantizar a la ciudadanía que los responsables de los actos de corrupción que se dieran reciban las condenas correspondientes por ello y, muy importante, contar con instrumentos que permitan recuperar los dineros desviados de manera fraudulenta. Por supuesto, lo anterior también es aplicable para enfrentar la corrupción en entidades privadas.

2.3. Referencia al derecho extranjero: España - Chile

En los últimos años es creciente la tendencia de la participación del sector privado en la construcción de infraestructura pública (CAF, 2010), aunque como es natural, con pautas distintas en los diferentes contextos donde se aplica. “El tipo más común de PPP contractual es la concesión de infraestructura tal y como se entiende en España o América Latina” (CAF, 2010, p. 117). En general, se puede afirmar que las Participaciones Público-Privadas (PPP) se fundamentan en los principios de regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos entre agentes públicos y privados (p.114).

Las formas más comunes de Participaciones Público-Privadas (PPP) (DNP, 1995), son las concesiones, en las que una entidad contratante cede el derecho de “la prestación, operación o explotación de un servicio público, o de la construcción, explotación o conservación de una obra

o bien de uso público, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la supervisión de la entidad contratante” (p.23).

Según el (DNP, 1995),

los contratos BOT (*Construir, operar y transferir*), en los que una compañía financia, construye y opera un sistema de infraestructura, que genera utilidades para cubrir los costos de inversión y operación, con posterioridad, la propiedad se transfiere a la Nación; existen contratos BOO, que enmarcan proyectos promovidos por el sector público, en los cuales la responsabilidad de construcción y operación son del sector privado, así como la propiedad; y finalmente, contratos BLT (*Construir, arrendar y transferir*), y contrato de concesión para la prestación de un servicio, en el que la entidad contratante otorga el derecho a la prestación del servicio por intermedio de un contrato o a través de licencias emitidas por las autoridades competentes. (p.23)

En el Reino Unido se han desarrollado igualmente esquemas de participación entre agentes públicos y privados para el desarrollo de infraestructura, dentro del contexto de una política denominada *Private Finance Initiative* (PFI). “El PFI considera tres tipos de proyectos distintos: i) proyectos financiados sin apoyo público, ii) servicios vendidos al sector público y iii) colaboraciones entre el sector público y el sector privado” (CAF, 2010, p.112).

En este trabajo, los países que se han escogido son España y Chile, en el caso de España, porque la mayoría de los modelos de concesión de infraestructura en Latinoamérica tienen inspiración en el modelo español. La escogencia de Chile, porque este país ha resultado ser un

caso paradigmático en América Latina en el ámbito de las concesiones, gracias a que la inversión privada demostró ser una fórmula efectiva para superar el déficit en infraestructura.

La legislación de estos países se analiza con el fin de establecer diferencias y puntos en común entre los modelos, en aspectos como su normatividad fundamental, el arreglo institucional alrededor del contrato de concesión para infraestructura vial, y los aspectos fundamentales y determinantes de la responsabilidad del interventor en el ámbito de dichas concesiones.

2.3.1. España – Contrato de Concesión e Interventoría

En materia de infraestructura, distintos países de América Latina han heredado el sistema concesional aplicado en España, aunque también debe mencionarse que obviamente “cada uno de los países ha adquirido sus características peculiares que, en algún caso, han sido también adoptadas con posterioridad por España” (CAF, 2010, p.124).

En España la experiencia de concesiones para el desarrollo de la infraestructura de transporte se remonta al año 1948, cuando se desarrolló el primer proyecto de concesión con la construcción de la línea férrea entre Barcelona y Mataró (Solano, 2014). En la concepción general de este proyecto, “se tenía prevista la adquisición de la infraestructura concesionada por parte del Estado mediante una posterior indemnización” (Vassallo et. al., 2010, p.190).

2.3.1.1. La normatividad

Como primer antecedente se tiene la Ley de Carreteras de 1877, que fue la primera norma que reglamentó la participación de agentes privados en la construcción y gestión de obras públicas. A partir de entonces:

La normativa que regulaba cada una de las diferentes concesiones de autopistas que fueron otorgándose era muy dispersa, lo que exigió su unificación. Ésta tuvo lugar en virtud de la Ley 8/1972 que, con las modificaciones introducidas por las diferentes leyes carreteras de 1974 y 1988, ha estado vigente hasta la aprobación de la Ley de Concesiones de 2003 y, posteriormente, la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. (CAF, 2010, p. 123)

El modelo concesional español se condensó normativamente con la *Ley de Concesiones de España* (2003), modificada parcialmente por la actual *Ley de Contratos del Sector Público* (2007). En esta normatividad, la concesión a instancia de particulares estableció unas características definidas resumidas:

En una vocación y espíritu de fomentar el aumento de la participación de los particulares en los proyectos de infraestructura vial, con una total diferenciación de papeles entre los dos sectores, fuerte competencia en el proceso de adjudicación entre empresas privadas, la transferencia del riesgo de tráfico en su mayor parte al concesionario, y una gran implicación de las entidades financieras en el negocio. (CAF, 2010, p. 124)

Con esta norma se reguló por primera vez con rango normativo de ley el contenido del plan económico-financiero de la concesión. “Esta ley pretendía acometer una reforma global de la contratación pública de España” (Baeza et.al., 2011, p. 53). Para efectos de la incorporación en

el ordenamiento jurídico español de lo establecido en diversas directivas comunitarias destinadas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, se aprobó primero la Ley 30 (2007) de Contratos del Sector Público, que incorpora la Directiva 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004, y posteriormente la Ley 9 (2017) que incorporó las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, ambas del 26 de febrero de 2014. Esta última, además derogó la Directiva 2004/18/CE.

Las directivas comunitarias recientes, responden a una necesidad de establecer normas claras a nivel de la Unión Europea en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión, dado que la falta de claridad acarrea problemas de inseguridad jurídica, obstaculizaba la libre prestación de servicios y falseaba el funcionamiento del mercado interior. Además, las nuevas directivas reflejan la especificidad de las concesiones en relación con los contratos públicos, lo que busca evitar una burocracia excesiva.

En la norma comunitaria vigente se manifiesta claramente el principio de igualdad, cuando se establece como general de la contratación pública que “los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada” (Parlamento Europeo, 2014, art.18). En el mismo sentido de principios, se consagra también la garantía de cumplimiento como parte de medidas de las autoridades:

Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional,

los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral (...) (Parlamento Europeo, 2014, art.5).

2.3.1.2. Institucionalidad administrativa

En el esquema de concesión del derecho español “el órgano de contratación es la entidad pública que selecciona a una persona física o jurídica para que ejecute una determinada obra, preste un servicio o suministre unos determinados bienes” (CAF, 2010, p. 132). En este sistema, se implementan diferentes modelos de contratos de gestión de infraestructura con el sector privado, a los que también se ha hecho referencia en el sistema colombiano, como el modelo *Build, Operate, Transfer* (BOT), es decir, que el particular “se compromete a construir una infraestructura cuyo diseño es en gran medida proporcionado por la administración. El mecanismo que más se utiliza en las concesiones de infraestructura públicas financiadas a través de la técnica del *project finance*” (CAF, 2010, p. 131).

Existe una función de control atribuida constitucionalmente al Tribunal de Cuentas, pero, al mismo tiempo, hay también una función de control atribuida estatutariamente a los Órganos de Control Externo, ambas sometidas a la necesaria coordinación (art. 27 y 29 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas). La atribución al Tribunal de Cuentas de la función de control respecto de la gestión económico-financiera y contable del sector público de aquellas Comunidades Autónomas que no hayan establecido su Órgano de Control Externo, en las que han creado estos órganos el control de su sector público corresponde a éstas.

Sin perjuicio de las competencias del *Tribunal de Cuentas* y de la capital función de coordinación, derivada de su condición de supremo órgano fiscalizador del Estado, los actos de

fiscalización se ejercen por el *Interventor* de la Entidad local. Al órgano de contratación le corresponde la explotación directa de la obra pública y la percepción de la contraprestación establecida, pudiendo utilizar el mismo personal y material del concesionario. El órgano de contratación designará uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria.

Salvo en el caso en que la competencia para contratar corresponda a una *Junta de Contratación*, en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad a que se refiere el artículo 161.1, los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos por una *Mesa de Contratación*, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas, en una figura que se podría comparar con nuestro reciente sistema que ha implementado la agencia Colombia Compra Eficiente.

2.3.1.2.3. La responsabilidad del interventor

En el derecho español, como bien explica García de Enterría (2008), “existió una dualidad de regímenes de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, uno de derecho administrativo y otro basado en el derecho civil, que fue característico del sistema jurídico español hasta una Ley de 13 de enero de 1999” (p. 377). Este sistema obligaba a discernir si el sujeto administrativo actuaba como administración pública o si su actividad era resultado del puro despliegue de su capacidad de derecho privado. La nueva normatividad, “eliminó el problema al unificar el régimen sustantivo de la responsabilidad de la administración, simplificando el problema de la imputación, cuyo núcleo esencial se redujo a determinar con fundamento en que títulos puede atribuirse a la administración el deber de reparación” (p. 377).

La responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración, se regula por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, Ley 30 (1992) y el Real Decreto 429 (1993).

Se resalta de las mencionadas directivas comunitarias, que para la exigencia de la responsabilidad se ponderan criterios como el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de la Administración Pública y su relación con la producción del resultado dañoso.

En términos generales, los interventores deben responder por los daños o perjuicios causados cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave. También la infracción o aplicación indebida de los preceptos de la normatividad contractual por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, constituye falta muy grave, y configura responsabilidad disciplinaria cuando media al menos negligencia grave.

Y en dicha normativa comunitaria, se reconoce que “las concesiones suelen ser acuerdos a largo plazo y complejos en los que el concesionario asume responsabilidades y riesgos que tradicionalmente recaen en los poderes y entidades adjudicadoras y son normalmente de su competencia” (Parlamento Europeo, 2014, art. 68). Es un claro paralelo a la vinculación al servicio público que existe en nuestro ordenamiento jurídico.

En la eventual responsabilidad solidaria del interventor:

Las condiciones relativas a la imposición del cumplimiento de obligaciones aplicables en los ámbitos de la legislación medioambiental, social y laboral, establecidas por la legislación de la Unión, la legislación nacional, convenios colectivos o por disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en la Directiva, siempre que dichas normas, y su aplicación, respeten el Derecho de la Unión, deberían aplicarse cada vez que la legislación nacional de un Estado miembro disponga un mecanismo de responsabilidad solidaria entre los subcontratistas y el concesionario. (Parlamento Europeo, 2014, art. 9).

En el mismo sentido, en virtud de las directivas comunitarias, se podrán tomar las medidas oportunas para evitar el incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista: “Si el Derecho nacional de un Estado miembro dispone un mecanismo de responsabilidad conjunta entre los subcontratistas y el concesionario, el Estado miembro en cuestión se asegurará de que las normas correspondientes se apliquen de conformidad con las condiciones establecidas en él. (Parlamento Europeo, 2014).

Además, los Estados miembros podrán establecer normas más estrictas de responsabilidad en virtud del derecho nacional, y puede ser también usual algún tipo de responsabilidad solidaria cuando la contratación se realiza por medio de grupos de operadores económicos, pues según la normatividad comunitaria, se tiene que:

En la medida en que sea necesario, por ejemplo cuando se exija una responsabilidad solidaria, puede exigirse una forma concreta cuando se adjudique la concesión a dichos grupos. La ejecución de contratos de concesión por parte de agrupaciones de operadores económicos

puede requerir establecer condiciones que no se impongan a participantes individuales. (Parlamento Europeo, 2014, art. 9)

En este sentido, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, en relación con la responsabilidad subsidiaria, establece que cuando no existiera imposibilidad material para el cumplimiento de las obligaciones exigibles a un gestor de fondos públicos, pero el esfuerzo que hubiera de exigírsele fuera desproporcionado con el correspondiente a la naturaleza de su cargo, podrá atenuársele la responsabilidad. En efecto, el artículo 4 del Reglamento de Régimen Jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional 1174/87, establece la reserva de la función interventora a esta clase de funcionarios, a los que se exige una cualificación adecuada que se verifica por medio del proceso de selección y formación de tales funcionarios.

A diferencia de lo que se podría describir en Colombia, en el sistema español (Herrera, 2005) opina que,

el acatamiento a las directivas comunitarias se ha traducido en la mayor participación de empresas europeas, con una verdadera concurrencia que redundará en beneficios económicos para España por cuanto, a mayor afluencia y diversidad de oferentes, se amplía la posibilidad para elegir la mejor propuesta y, como es apenas obvio, hay aumento en la satisfacción de los destinatarios de las obras, servicios o bienes constitutivos del objeto de los contratos. (p. 70)

2.3.2. Chile - Contrato de Concesión e Interventoría

2.3.2.1. La normatividad

El procedimiento para otorgar en concesión una obra pública vial se encuentra regulado principalmente por la Ley de Concesiones de Obra Pública (Decreto con fuerza de ley No. 164 de 1991 del Ministerio de Obras Públicas, denominado como Ley de Concesiones de Obras Públicas). Y el Decreto Supremo No. 956 del Ministerio de Obras Públicas, modificado por las leyes No. 19.252 de 1993 y No. 19.460 de 1996.

En la legislación chilena, no se encuentra de manera expresa un concepto del contrato de concesión de obra pública. Más bien, se determinan cuáles son sus elementos y sí se encuentra la definición de la obra pública fiscal, como “cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados” (art. 39, Ley de Concesiones Públicas).

En la experiencia chilena, previamente a la expedición de la Ley de Concesión de Obra Pública de 1991, las carreteras eran construidas y explotadas directamente por la Administración Estado. Es por ello que,

tradicionalmente se distinguen dos procedimientos para la provisión de dichos bienes o servicios: la directa por el Estado, a través de sus servicios públicos [...]; y la indirecta, cuya forma más conocida es la concesión y que implica la intervención del sector privado en la provisión o gestión del servicio, manteniendo en todo caso el Estado la titularidad del mismo. (Rufián, 1999, p.11)

Asimismo, el artículo 21 de la Ley de Concesiones señala que “El concesionario cumplirá las funciones incorporadas en el contrato de concesión con arreglo a las normas del derecho

público, especialmente en lo referente a sus relaciones con el Ministerio, a las regulaciones sobre los regímenes de construcción y explotación de la obra y al cobro de las tarifas, su sistema de reajuste y las contraprestaciones con el Fisco, que conforman el régimen económico del contrato”.

Por su parte, la Corte Suprema chilena (2009) ha señalado que el contrato de concesión de obras públicas da origen a relaciones jurídicas de carácter público y privado; siendo la relación entre el concesionario y el usuario del segundo tipo, dando origen a un contrato de carácter bilateral, consensual, oneroso y conmutativo, principal, solemne, típico o nominado, de ejecución diferida y de adhesión.

2.3.2.2. La institucionalidad

El Estado para otorgar en concesión una obra pública vial, realiza un procedimiento a través del Ministerio de Obras Públicas. En materia de concesiones existe una suerte de desdoblamiento por parte del Estado pues, por una parte éste mantiene la titularidad del mismo, y por otra el concesionario podrá explotar el servicio, asumiendo por su cuenta y riesgo los costos económicos que ello conlleva. Así las cosas, Rufián (1999) manifiesta:

El Estado puede regular la actividad, fiscalizar, sancionar y rescatar el servicio una vez cumplidos los plazos o condiciones, la que conservará en todo caso su carácter de pública, tanto en la relación con el concesionario como la de estos con el usuario. (p.17)

La Administración del Estado, al no perder la titularidad de la obra pública entregada en concesión, impone la reglamentación bajo la cual se relacionará con el usuario, y durante la

ejecución del contrato el canal por el cual se relaciona la sociedad concesionaria con la Administración es una Dirección de Concesiones dependiente del Ministerio de Obras Públicas.

También se aseveró que “La fiscalización o control del contrato se realiza por medio de un agente llamado inspector fiscal, que es la contraparte de la sociedad concesionaria durante la ejecución del contrato de concesión, tanto en su etapa de construcción como de explotación” (Viñuela, 2007, p. 49). En este sentido, el art. 29 del reglamento de la Ley establece que corresponderá al Ministerio de Obras Públicas, la inspección y vigilancia del cumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones, tanto en la fase de construcción como en la de explotación de la obra.

2.3.2.3. La responsabilidad del interventor

El concesionario tendrá “la obligación legal de prestar el servicio ininterrumpidamente el servicio de la obra y de no discriminar a los usuarios que cumplan o se allanen a cumplir las normativas y tarifas” (Moraga, 2007, p.45). Disposición que describe la razón misma de la concesión.

Como obligación esencial del contrato de concesión, la empresa concesionaria debe realizar todas las obras destinadas a mantener la obra pública fiscal, cuidando su permanencia (artículos 1 y 23 N° 1 de la Ley de Concesiones y al artículo 54.1 letra b) del Reglamento).

La figura que la ley llama interventor, corresponde a un funcionario que solo es designado cuando ha sido declarado el incumplimiento grave del contrato, y tendrá las facultades necesarias para velar por el cumplimiento del contrato de concesión (art. 36).

El interventor es nombrado por una Comisión Conciliadora del Ministerio de Obras Públicas. Una vez nombrado, le son aplicables las normas del artículo 200, números 1 al 5 de la ley No. 18.175, sobre Quiebras. Este interventor responderá de culpa levísima.

Al asumir el nuevo concesionario, cesará en sus funciones el interventor que se haya designado en virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, (art. 27 bis). Se configura el incumplimiento grave del contrato si después de noventa días de la designación del interventor, el concesionario no reasume. El interventor designado de conformidad a lo mencionado, responde por sus actuaciones hasta por culpa levísima.

2.3.3. Resultado del análisis al derecho extranjero

Del análisis al derecho extranjero, se puede afirmar que en el marco normativo que rige a las concesiones e interventorías en los sistemas jurídicos de Colombia, España y Chile, se pueden encontrar factores comunes en cuanto a las obligaciones más importantes de la interventoría, como en lo relativo al incumplimiento en el plazo de entrega, la negligencia en el cumplimiento de sus deberes de uso, policía y conservación de la obra pública, la interrupción injustificada total o parcial de su utilización, y el cobro de cantidades superiores a las legalmente autorizadas y la resolución de la concesión en caso de incumplimientos graves. De lo estudiado se puede afirmar que los particulares o contratistas colaboran con el Estado en los contratos de concesión de obra pública, actos que simultáneamente les representa una fuente de lucro para sí mismos.

Este fenómeno es común en la legislación colombiana, en la española y chilena. Aunque en el ejemplo de Chile no se recoge una definición legal exacta, desde la doctrina se recoge una definición de concesión como:

El otorgamiento del derecho de explotación, por un periodo determinado, de bienes y servicios por parte de una empresa pública a otra, generalmente privada, como forma de obtener la cooperación de sujetos particulares para la ejecución de una obra pública, constituyendo la concesión la forma de retribución; la gestión de un servicio público y el aprovechamiento de un patrimonio colectivo como es el dominio público. (Aige y Colomer, 2011, p. 4)

La anterior definición al ser contrastada con las que se pueden encontrar tanto en Colombia como en España, permite identificar similitudes en relación con el objeto, la forma de contraprestación, y las acciones a las que el agente particular se obliga. En este punto, se debe destacar que existe una explícita referencia a la función de control y vigilancia de la prestación del servicio del bien concesionado por parte de la entidad concedente en el caso de la ley colombiana.

En todos los casos, siempre se trata de relaciones entre actores estatales y particulares que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, lo que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura o del servicio. Como contraprestación, el contratista obtiene el derecho a explotar la obra, y de percibir un precio o contraprestación económica por parte de la entidad concedente.

Los mecanismos de control a las concesiones, en el caso de las normas españolas, más que unas condiciones contractuales, las leyes definen un marco legal sobre el cual se establecen las condiciones de los contratos de concesión, que en sus cláusulas reglamentan de manera clara y específica las condiciones de los contratos, en relación con los fundamentos que se establecen para determinar la responsabilidad fiscal del interventor en un contrato de concesión según las leyes de los modelos similares estudiados.

De la revisión de los modelos podemos establecer que la responsabilidad del interventor no es de naturaleza objetiva, por cuanto es común a los sistemas jurídicos referenciados la exigencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona natural o jurídica. Desde este punto de vista, la imputación siempre aparece como un fenómeno jurídico que atribuye a un sujeto determinado el deber de reparar un daño, con fundamento en la relación que existe entre uno y otro.

La imputación de responsabilidad, siempre se produce después de demostrar la relación de causalidad existente entre la actividad del agente y el perjuicio prohibido. No se busca realmente responsabilizar al agente, sino más bien, identificar un patrimonio al cual se le debe cargar la efectiva reparación del daño.

De tal modo que para que la imputación pueda tener lugar, y que nazca entonces la responsabilidad, se debe probar que existe un nexo causal, siempre, entre una fuente normativa o la actividad del agente y el daño causado. En el caso de la fuente normativa, la mera relación de causalidad entre el hecho y el autor del daño nunca sería suficiente para justificar la atribución de responsabilidad. Con esto es suficiente para desvirtuar la interpretación de responsabilidad

objetiva de la que ha hecho eco la doctrina en el caso de la *responsabilidad fiscal solidaria* del interventor.

No es solamente inversión en infraestructura física lo que se requiere para mejorar las condiciones de transporte en América Latina, sino, también, mejorar las condiciones de operación, de forma que la regulación del transporte, la libre competencia y la regulación formen un círculo virtuoso que permita satisfacer las necesidades individuales, generando rentabilidades razonables a los operadores del transporte. Debido a que la mayoría de los operadores del transporte son inversionistas privados, el rol del sector público es crear las condiciones para que el sector privado pueda ofrecer servicios de calidad, en un entorno competitivo (Rufián, 2002).

De todo lo anterior, se tiene que la ley de contratación estatal, extiende la responsabilidad que se deriva de la actividad contractual, no solo a quienes son partes, sino también a aquellos que de alguna manera intervienen en ella, como los funcionarios, interventores y consultores, precisando la responsabilidad penal, civil, disciplinaria y fiscal del caso, sin embargo, se entiende que con la nueva Ley 1882 de 2018, se delimita la responsabilidad de los interventores a los daños o perjuicios derivados de hechos u omisiones que provengan del incumplimiento o responsabilidad directa de las obligaciones que le sean atribuibles conforme con el contrato de interventoría, se espera que con la reglamentación que el gobierno expida frente a los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de interventoría para las obras públicas, los cuales deberán ser utilizados por todas las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública en los procesos de selección

que adelanten, se logre un alto estándar de calidad y transparencia que se refleje en una buena gestión pública.

3. Conclusiones

La actividad contractual de la administración pública tiene como finalidad el cumplimiento de los fines estatales, y en consecuencia con este cometido, debe permanecer imparcial frente a intereses personales.

La Ley 80 (1993, art. 14, núm. 1), determina que para el cumplimiento del objeto contractual, la entidad estatal tendrá la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, lo que significa que se le endilga la obligación a la entidad de contar con la figura del interventor para que ejerza el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, ambiental y jurídico del contrato, es decir, que con la Ley 80 de 1993, se torna importante la interventoría, por ello la necesidad de contar actualmente con un marco regulatorio que fije el límite de su responsabilidad.

La figura del Interventor en Colombia cumple un papel fundamental en el marco de la contratación estatal, ya que por las funciones que ostenta obtiene un alto grado de responsabilidad en el cumplimiento del contrato vigilado, sin embargo, con el objeto de erradicar la corrupción administrativa, es evidente que se trata de un colaborador más en ese cometido.

Se interpreta que la responsabilidad que se predica de quienes intervienen en la actividad contractual pública, es por la conducta que despliegan en la misma y no fuera de ella. Acorde con el principio de responsabilidad subjetiva, los participantes en los procesos contractuales

deben procurar que la contratación se concrete a la finalidad de cumplimiento de los bienes contratados, y que estos sirvan a la realización de la función pública.

Después del estudio realizado a la figura del Interventor en los Contratos de Concesión vial, se evidenció el avance normativo que trae la Ley 1882 de 2018, pues frente al seguimiento integral en la ejecución del contrato vigilado, es imputable de responsabilidad delimitada en los perjuicios que provienen del incumplimiento o responsabilidad directa de obligaciones conforme al propio contrato de interventoría, sin embargo, se espera con estos avances suplir la deficiencia estatal sobre las medidas para la eficiencia y eficacia del control en la lucha contra la corrupción.

Frente al análisis al derecho extranjero se evidencia una mayor rigurosidad en el derecho colombiano frente a la figura del interventor y su responsabilidad. Pero pese a la creación de nuevas normas sigue faltando un marco regulatorio más completo y unificado del contrato de interventoría que garantice la efectividad en el cumplimiento de los fines del Estado.

Es por ello, que si bien se considera la figura del interventor la más adecuada para ejercer control y vigilancia a los proyectos viales en Colombia, es necesario, de acuerdo al resultado del análisis realizado considerar:

1. Reforzar la estructura contractual de la figura del Interventor en Colombia, creando un marco regulatorio completo que legisle frente a la función, actividad, responsabilidad, solidariad, sanción de los interventores, es decir, integrar en un proyecto de ley que surta los debates en el Congreso de la República para que se apruebe una Ley de Interventoría, que contemple y agrupe todo lo concerniente a la actividad y al contrato de interventoría.

2. Instaurar mecanismos como aumento de perfil, requisitos, calidades en la contratación del Interventor.

3. Establecer nuevos criterios de aprendizaje y hacer los ajustes necesarios en todos los niveles de la educación, como implementación y promoción en todas las sedes de la Universidad Santo Tomás, de la especialización en Interventoría y Supervisión en obras civiles, en el sentido que se mejore o se dé un enfoque más general, ya que la existente está enfocada en la Construcción (facultad de Arquitectura), sería en cuanto a que se consolide en un estudio de formación integral de las obras, avance y actualización frente al control y vigilancia en la ejecución de proyectos de interés estatal.

Logrando con estas propuestas ser la interventoría la figura idónea, adecuada y suficiente para ejercer control y vigilancia en los proyectos de infraestructura vial en Colombia y en efecto que vele por la transparencia en la actividad contractual.

4. Referencias

- Academia Española de la Lengua (2009). *Real Diccionario de la Lengua Española*. Madrid.
- Aige, Ramón y Colomer, Tomás (2011). *Concesiones*. Madrid, España: Ed. Jurídica Alianza.
- Aponte Díaz, Iirana (2014). "Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra", en *Revista Digital de Derecho Administrativo* n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pp. 177-207.
- Baeza Muñoz, María De Los Ángeles y Vassallo Magro, José Manuel (2011) *La intervención de la Administración ante las dificultades financieras de las sociedades concesionarias de autopistas de peaje*. Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales.
- Banco Mundial (2017). *Financiación privada de infraestructuras públicas a través de APP en América Latina y el Caribe*. Washington D.C., Estados Unidos: World Bank Organization.
- Benavides J. (2014). *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público privadas*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- _____ (2004). *El contrato estatal*. 2ª ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bendeck Olivella, J. (1994). *Los pilares fundamentales de la contratación Administrativa*. Bogotá, Colombia: Ed. Rosaristas.
- Bohórquez Zapata, Leonardo y Camacho Chaín, Mario (2002). *El contrato de concesión* (Tesis de grado), Facultad de Derecho, Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Cámara Colombiana de la Infraestructura (2010). *Una Política Pública: Maduración de Proyectos, Matriz de Riesgos, Buenas Prácticas Contractuales*. Bogotá, Colombia: CCI.

Colombia. Departamento Nacional de Planeación-DNP (2016). *Guía De Asociaciones Público Privadas*. Bogotá, Colombia: DNP.

_____ (2013). Participación del sector privado en infraestructura física, Documento CONPES-2775-MHCP-DNP, abril 26 de 1995, Bogotá, Colombia.

_____ (2002). *Misión de Contratación: hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. T. II., Bogotá, Colombia: Giro Editores Ltda.

_____ (1995). Participación del sector privado en infraestructura física, Documento CONPES-2775-MHCP-DNP, abril 26 de 1995, Bogotá, Colombia.

Colombia Compra Eficiente- CCE (2014). Guía para los Procesos de Contratación de obra pública.

Colombia Compra Eficiente- CCE (2017). Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado.

Corporación Andina de Fomento-CAF (2010). *Infraestructura Pública y Participación Privada Conceptos y experiencias en América y España*. Caracas, Venezuela: Corporación Andina de Fomento.

Dromi, R. (1997) *Derecho Administrativo*. Sexta Edición, buenos Aires, Argentina: Ed. Ciudad Argentina.

Expósito Vélez, Juan Carlos (2004). *La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y Español*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Escobar Gil, Rodrigo (1999). *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

- Fanelli Evans, Guillermo E. (1989). *La Concesión de Obra Pública*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ciencias de la Administración.
- Fonseca Prada, Eduardo (2004) El contrato de concesión de servicios y de infraestructura, en *Revista de Derecho Público*, N° 17, mayo de 2004, p 65-76.
- García de Enterría, Eduardo (2008). Curso de Derecho Administrativo, TOMO I, 14ª ED., Madrid, España: S.L. Civitas Ediciones.
- Gimeno Feliu, José María (1993). *El servicio Público Eléctrico en el Mercado Interior Europeo*. Madrid, España: Editorial Civitas S.A.
- Gómez Lee, Iván Darío (2017). *La seguridad jurídica. El caso de la responsabilidad fiscal en Colombia*. VOL.I, Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- _____ (2012). *El Derecho de la Contratación Pública en Colombia. Análisis y Comentarios al Decreto 1510 de 2013*. Bogotá, Colombia: Legis Editores.
- Gómez, Sierra Francisco (2012). *Control Fiscal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal*. Bogotá, Colombia: Ed. Leyer.
- Lemoine Gaitán, Jaime (2009) Responsabilidad del interventor, en Manuel F. Jiménez (Ed.), *Seminario internacional de Interventoría y seguimiento de proyectos públicos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.
- López Valencia, Felipe Alejandro (2005). Responsabilidades, normativas, servicios y funciones de la interventoría en Colombia (Tesis de maestría), Universidad Nacional de Colombia, Medellín, Colombia.
- López-Zamora, Sergio (2014). La condición jurídica del particular que ejerce funciones públicas y su responsabilidad penal, en *REVISTA PRINCIPIA IURIS* N°.21, 2014-I, Bogotá, Colombia.

- Matallana Camacho, Ernesto (2009). *Manual de Contratación de la Administración Pública, Reforma de la Ley 80*. 2ª ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ossa Arbeláez, Jaime (2000). *Derecho administrativo sancionador. Hacia una teoría general y una aproximación para su autonomía*. Bogotá D. C., Colombia: Ed. Legis.
- Palacios Mejía, Hugo (2000) La concesión y la teoría económica de los contratos, en *Revista de Derecho Público*, No. 11, junio de 2000, pp 82-95.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel (2014). *Contratación de la Entidades Estatales*, Editorial Jurídica Sánchez R. Ltda., Bogotá D.C.- Colombia, (7).
- Parra, José Eurípides (2002) *El contrato de Interventoría*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Pedroza Villegas, Katherinne (2016). *Caracterización financiera de los contratos de concesiones viales en Colombia. Estudio de caso (Tesis de maestría)*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad De Ciencias Económicas, Bogotá, D.C., Colombia.
- Pérez Escobar, J (2004) *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Rodríguez R., Libardo (1996). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Rufián Lizana, D. (2002). Políticas de concesión vial; análisis de las experiencias en Chile, Perú y Colombia, en *Serie Gestión Pública*, Santiago, Chile: CEPAL.
- _____(1999). *Manual de concesiones de obras públicas*. Santiago, Chile: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Sánchez, J. C. (2010). *Interventoría de proyectos públicos y obras*. Bogotá: Universidad Nacional.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2010). El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos (Tesis doctoral), Universidad Carlos III, Madrid, España.

(2009). Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En Santofimio (Ed.) *Contratación estatal. Estudios sobre la reforma contractual*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Schmidt Assmann, Eberhard (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid, España: Marcial Pons.

Silva Rojas, Oscar Manuel (2014). La Interventoría en la ejecución del Contrato de Obra. Estudio de caso, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad De Jurisprudencia, Maestría en Derecho Administrativo: Bogotá, D.C.

Vega de Herrera, M. (2005). Aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública de España y de Colombia, en *Prolegómenos, Derechos y Valores*, VIII (16), 70.

Vidal Vanegas, Heriberto (2002) *Interventoría de Edificaciones para Arquitectos, Ingenieros, Constructores y Tecnólogos*. Medellín, Colombia.

Viñuela Hojas, Mauricio. (2007). El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo, en *Revista de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica*, N°1, pp 45-70.

Younes, Moreno Diego. (2000). *Régimen del Control Fiscal y del Control Interno*. 4 ed. Bogotá, Colombia: Ed. Legis.

NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis.

Colombia. Congreso de Colombia. (15 de enero de 2018) Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en materia de infraestructura. [Ley 1882 de 2018].

_____. (10 de enero de 2012) Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas. [Ley 1508 de 2012].

_____. (18 de enero de 2011) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011].

_____. (12 de Julio de 2011) Estatuto Anticorrupción. [Ley 1474 de 2011].

_____. (16 de julio de 2007) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993. [Ley 1150 de 2007].

_____. (9 de octubre) Código de Ética de la Ingeniería. [Ley 842 de 2003].

_____. (8 de febrero de 1994) Ley General de Educación. [Ley 115 de 1994].

_____. (30 de Diciembre de 1993) Ley sobre disposiciones básicas sobre el transporte. [Ley 105 de 1993].

_____. (28 de octubre de 1993) Ley de Contratación Pública. [Ley 80 de 1993].

Colombia. Presidencia de la República. (27 de enero). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas [Decreto Ley 150 de 1976].

Colombia. Presidencia de la República. (2 de febrero). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas [Decreto Ley 222 de 1983].

JURISPRUDENCIA

Consejo de Estado. Sección Tercera, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sentencia N° 25000-23-26-000-1991-07664-01 de 31 de agosto de 2016, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. Sección Tercera, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sentencia N° 25000-23-26-000-1994-00071-01 de 18 de marzo de 2010, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037/2003 de 28 de enero de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

España. Cortes Generales. (30 de octubre de 2007) Ley de Contratos del Sector Público [Ley 30/2007].

_____. (30 de octubre de 2007) Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. [Ley 31 de 2007].

_____. Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública. [Ley 13/2003].

España. (12 de octubre) Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. [Real Decreto 1098/2001].

_____. (8 de mayo) Por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. [Real Decreto 817 de 2009].

Chile. Corte Suprema, “Bravo Cisternas, Freddy y otros con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.”, Rol 6370-2009

Chile. Corte de Apelaciones de Santiago “Moya Acevedo, Ángel Gabriel y otros con Autopista del Maipo S.A.”; Rol N° 9196 –2006

Chile. Corte de Apelaciones de La Serena “Contreras Gallardo, Luciano con Sociedad Concesionaria Autopista del Aconcagua S.A.”, Rol 179-2011

WEBGRAFÍA

Asociación Colombiana de Ingenieros – ACIEM, 2017, ¿Cómo enfrentar la corrupción que agobia al país?, disponible en https://www.aciem.co/sites/default/20140708_guia_enfrentar_corrupcion_agobia_pais.pdf recuperado el 02-05-2017.

Colombia Compra Eficiente- CCE (2014). Guía para los Procesos de Contratación de obra pública, disponible en https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/20140708_guia_para_los_procesos_de_contratacion_de_obra_publica.pdf recuperado el 02-05-2017.

Corporación Andina de Fomento-CAF (2010). Infraestructura Pública y Participación Privada Conceptos y experiencias en América y España, Corporación Andina de Fomento, disponible <https://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>, recuperado el 02-05-17.

SEGUNDO ARTÍCULO

FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL DEL INTERVENTOR EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL

Contenido

RESUMEN	ii
ABSTRACT	ii
PALABRAS CLAVES	ii
KEY WORDS	ii
INTRODUCCIÓN	1
La responsabilidad subjetiva como regla general del derecho colombiano	1
El objeto del presente artículo	4
La metodología	4
1. Evolución normativa de la responsabilidad fiscal	6
1.1. Antecedentes de la Responsabilidad Fiscal en Colombia	11
1.2. Antes de la Constitución Política de 1991	12
1.3. Después de la Constitución Política de 1991	15
1.4. Ley 1474 del 12 de julio de 2011	24
1.5. Postura en la Ley 1882 del 15 de enero de 2018	27
2. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad fiscal del interventor	33
2.1. Línea jurisprudencial	36
2.2. Resultados de la línea jurisprudencial	43
3. Elementos actuales de la responsabilidad fiscal del interventor	46
3.1. Responsabilidad fiscal solidaria	48
3.2. Daño patrimonial causado por el interventor	56
3.3. La conducta dolosa o culposa atribuible a quien realiza la gestión fiscal	58
3.4. El nexo causal	64
4. Conclusiones	71

FUNDAMENTOS Y LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL DEL INTERVENTOR EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL

RESUMEN

Se realiza este estudio jurisprudencial para identificar los fundamentos jurídicos que permiten la aplicación de la Responsabilidad Fiscal Solidaria que recae al Interventor de los contratos de concesión vial en Colombia y también establecer la evolución referente a la responsabilidad fiscal del interventor como sujeto activo del daño patrimonial al Estado.

ABSTRACT

This jurisprudential study is carried out to identify the legal foundations that allow the application of the Solidarity Fiscal Responsibility that falls to the Controller of road concession contracts in Colombia and also establish the evolution regarding the fiscal responsibility of the financial controller as the active subject of the patrimonial damage to the State.

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad Fiscal, Solidaridad, Daño Patrimonial, Reparación, Nexo Causal, proceso fiscal, jurisprudencia.

KEY WORDS

Fiscal Responsibility, Solidarity, Patrimonial Damage, Reparation, Causal Nexus, fiscal process, jurisprudence.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad subjetiva como regla general del derecho colombiano

En el derecho colombiano, por regla general, las responsabilidades son subjetivas. Esto quiere decir, según Fernández (2017), que “para atribuir responsabilidad subjetiva, siempre se tendrá en cuenta la conducta del individuo”. En otros términos, para poder imputar responsabilidad, independientemente del tipo de responsabilidad (penal, civil, disciplinaria, administrativa o fiscal), el sujeto debe haber desplegado una conducta culposa o dolosa.

En efecto, en el artículo 13 del Código Penal Colombiano de 1936, se establecía la responsabilidad objetiva en materia de contravenciones de policía, en los siguientes términos: "En las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente" (Jiménez, 2003, p.2). “Esta responsabilidad objetiva en materia de contravenciones, fue proscrita con posterioridad” (Ossa, 2000, p. 411), dando prevalencia en el ordenamiento jurídico colombiano al principio general de la responsabilidad subjetiva.

Que la responsabilidad sea subjetiva, implica “la necesidad de examinar si en verdad la persona tenía la intención de infringir la ley, esto es, establecer en qué dirección estaba orientada su voluntad al momento de realizar la acción reprochada, o de omitir el comportamiento exigido” (Jiménez, 2003, p. 1). Por el contrario, en la responsabilidad objetiva, al trasladar el daño, de un sujeto a otro, genera un impacto económico en el responsable. Así, el sistema objetivo no reporta beneficios pues solo distribuye la responsabilidad mediante un proceso judicial. Una vez asignada, los daños no desaparecen, pero sí aumentan los costos adicionales para las partes y el Estado con la operación del aparato judicial (Papayannis, 2010).

¿Es subjetiva la responsabilidad del interventor en los contratos de concesión vial?

La distinción entre responsabilidad objetiva y subjetiva ha adquirido relevancia dados los elevados índices de corrupción en los contratos estatales, lo que hace pensar que en Colombia no se ha podido afianzar un sistema de control sobre la gestión de los recursos públicos, sin embargo, pese a haberse interpretado bajo un criterio objetivo la responsabilidad de los interventores, hoy la normatividad avanza y admite un criterio de responsabilidad subjetiva.

Frente al sistema de control de gestión de los recursos públicos menciona Gómez (2017) que:

los organismos de control, instituciones de estabilidad monetaria, de regulación, de control y de responsabilidad, además de medidas de intervención legislativas, jurisprudenciales, económicas y organizativas, como respuesta a la falta de legitimidad del Estado, el sistema normativo puede llegar a ser precario y confuso. (p. 46)

En particular, la supervisión y vigilancia de los contratos de concesión vial se realiza por medio de una interventoría. La interventoría es entonces, la herramienta que le permite al Estado tener control y un estricto seguimiento a las obras para lograr el cumplimiento del objeto contractual de cada proyecto. Lo anterior, bajo el entendido de que “las normas cada día deben ser más estrictas en cuanto a la moralidad para que se minimice la corrupción y los procesos se realicen de forma transparente, debiéndose extender a otros hechos punibles” (Peñaranda et. al., 2009, p. 42).

De ahí la necesidad y la pertinencia según Sepúlveda (2014) de crear una regulación jurídica de las asociaciones público-privadas mediante la expedición de la ley 1508 de 2012, cuyo

contenido “da espacio para varios cuestionamientos a la hora de verificar el alcance real de sus disposiciones, pues no responden a esa pretensión de establecer un régimen jurídico integral o completo para todas las formas de asociación público-privada contempladas desde la Constitución Política” (p. 2).

Sin embargo, autores como Aguilera (2016) han logrado evidenciar que “las concesiones y las APP contienen una relación simétrica frente a la modalidad de ejecutar un contrato para el desarrollo de una obra, a pesar de sus diferencias normativas” (p. 1).

Por su parte, la responsabilidad fiscal que por ley atañe a los interventores de contratos estatales, en este caso, en los contratos de concesión vial en Colombia, según el marco legal de la Contraloría General de la República, no debe entenderse por el solo hecho de ostentar la calidad de particulares que ejercen funciones públicas. Se sustenta normativamente la responsabilidad fiscal en la Ley 610 de 2000, especialmente en sus artículos 3, 4, 6 y 53. Asimismo, el artículo 1234 (numeral 1 y 4) del Código de Comercio, y el artículo primero del Decreto 1049 de 2006, lo anterior en concordancia con lo establecido frente a la responsabilidad del interventor en la actual Ley 1882 de 2018, la cual adiciona, modifica y dicta disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia y la ley de infraestructura.

Es decir, que los procesos de responsabilidad fiscal no solamente están dirigidos a quienes realizan en estricto sentido gestión fiscal sino también a quienes contribuyen o concurran a la materialización del daño. La responsabilidad fiscal en forma solidaria tiene como propósito garantizar la efectiva reparación del daño causado por varias personas, protegiendo al Estado de la posible insolvencia de uno de ellos o la dificultad de cobrarle la parte que le corresponde pagar.

En este contexto surge la inquietud de ¿cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a los interventores de contratos de concesión vial?.

El objeto del presente artículo

En el presente artículo se investigará la responsabilidad fiscal de los interventores en los contratos de concesión vial en Colombia, y se determinará si la solidaridad aplicable a los interventores de dichos contratos viales fortalece en cierta medida a la contratación vial y a los procesos que buscan la reparación de los daños patrimoniales al Estado.

El problema de investigación de este artículo se aborda a través de la siguiente pregunta: ¿Es eficaz la imputación de Responsabilidad Fiscal Solidaria a los Interventores de los Contratos de Concesión Vial en Colombia?.

Teniendo en cuenta lo anterior, con este trabajo de investigación se analizará el fundamento de la responsabilidad fiscal solidaria del interventor de proyectos de infraestructura vial en Colombia. Para esto, se realizará un análisis de los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que hacen referencia al fundamento de imputación que debe aplicarse en los procesos de responsabilidad fiscal.

La metodología

En cuanto a la metodología de este segundo artículo, se describe la evolución normativa, los antecedentes y el desarrollo histórico de la responsabilidad fiscal en Colombia, se realiza la construcción de la línea jurisprudencial, sus decisiones jurídicas y la *ratio decidendi*. Línea jurisprudencial construida del problema jurídico, la tipología y las tesis de sentencias, y unas

conclusiones generales, de la construcción de la línea, que pueden inferir la coherencia en la doctrina y por lo tanto su peso gravitacional como precedente (López, 2006).

Por precedente se entiende aquel “antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se resuelve, que contienen en su ratio decidendi las reglas que permiten dar solución al problema jurídico que se discute” (Quinche, 2016, p.18). También se identifican como sentencias relevantes la decisión más antigua, y la providencia inicial o fundadora de línea, que corresponde a la sentencia fundadora. Posteriormente, se identifican las sentencias en las que la Corte Constitucional estableció su posición sobre la aplicación de la responsabilidad solidaria en la contratación pública.

Una vez conformado el registro de las sentencias, se procedió a organizarlas de acuerdo a la teoría de la responsabilidad que desarrollara cada sentencia. De esta manera, se construyeron conjuntos de sentencias que plantearon los elementos de la responsabilidad fiscal. Como punto de apoyo se tomaron sentencias de la Corte Constitucional para la construcción del nicho citacional a partir del llamado punto Arquimédico, desde la C-046 de 1994, la C-619 del 2002, la C-512 de 2013 y la C-338 de 2014.

1. Evolución normativa de la responsabilidad fiscal

CCE (2017) menciona que:

De acuerdo con el principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, las Entidades Estatales están obligadas a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger tanto los derechos de la propia Entidad como los del contratista y terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Esta vigilancia tiene como objetivo proteger la moralidad administrativa, prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y tutelar la transparencia de la actividad contractual y debe ejercerse a través de un supervisor o interventor, según corresponda. (p. 4)

Hoy por hoy los órganos de control y en especial las contralorías de todo el país afrontan un importante desafío de cara a combatir la corrupción que consiste primordialmente en poner en ejecución la Ley 1474 de 2011 o “Estatuto Anticorrupción”, cuyo fin principal en materia de Responsabilidad Fiscal no es otro que introducir el principio de oralidad, a través de las audiencias públicas buscando de esta manera generar credibilidad y obtener en un tiempo relativamente corto el resarcimiento al patrimonio del Estado. “El proceso de responsabilidad fiscal representa el mecanismo jurídico - administrativo dispuesto por el Legislador para lograr el fin propuesto por la Constitución Política” (Díaz, 2013, p. 11).

El control sobre la gestión fiscal está dirigido a:

Vigilar la eficiente gestión de las entidades estatales y la de los particulares que administran recursos estatales. Se garantiza que tanto para el recaudo de sus recursos, como el gasto e inversión de los mismos, se actúe de manera que se obtengan los mejores resultados para la sociedad y para la administración. (Atehortúa, 1995, p.171)

Este ejercicio del *ius puniendi* por parte de la administración pública sirve como fundamento del control sobre los contratos públicos o estatales. El objeto es asegurar una intervención oportuna y eficaz de los órganos de control en la consecución de los fines del Estado. Es decir, que se puede afirmar que el seguimiento y control sobre los contratos de concesión vial corresponde a una necesidad de asegurar la actividad eficiente de los poderes públicos para hacer frente a la solución de las necesidades sociales:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Const., 1991).

En el marco de esta función administrativa de control, cabe mencionar la prerrogativa que tiene la administración para la modificación unilateral del contrato, bajo la aplicación del principio del equilibrio financiero del contrato estatal, contenido en el artículo 14 de la Ley 80 de

1993, que establece los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. De este modo,

Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado (Ley 80, 1993).

La Constitución Política Colombiana definió la función pública del control fiscal en los siguientes términos:

El control fiscal es una función pública, ejercida por la Contraloría General de la República en su calidad de órgano de control, función que se concreta en la actividad de vigilancia sobre la gestión fiscal de los servidores del Estado y de las personas de derecho privado que manejen o administren fondos o bienes de la Nación, en todos los órdenes territoriales (Const., 1991, art. 267).

Esta función pública que se concreta en una actividad de fiscalización, se ejerce en forma posterior, selectiva y con sujeción al debido proceso, en tanto que sus procedimientos específicos, como los principios que la determinan, se deben definir por el legislador. En todo caso, los límites constitucionales en el ejercicio de este *ius puniendi* del Estado conducen a que

la sanción administrativa se somete al conjunto de garantías sustantivas y procesales, principios que obligan tanto al Estado, como a entidades particulares, organismos supranacionales, entre otros actores.

Como bien lo ha expresado en su jurisprudencia la Corte Constitucional, el control fiscal comprende:

En primer lugar, la función de vigilancia de la gestión fiscal, y como resultado de dicha labor, el desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal. Dicho proceso se orienta a obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa. (Corte Constitucional, sentencia C-338, 2014)

La posibilidad de imputar la responsabilidad fiscal respecto de un sujeto determinado, encuentra fundamento en la Constitución Política de 1991, que establece un sistema de control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, entidad que en los distintos órdenes territoriales, tienen el poder de "establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma" (Const., 1991, art. 268).

Se tiene entonces, siguiendo esto que ha expresado la Corte Constitucional, que el proceso de responsabilidad fiscal tiene una relación sustancial con la protección y garantía del patrimonio del Estado. Dicho proceso lo que busca es la reparación de los daños que éste haya podido sufrir

como consecuencia de irregularidades en la gestión fiscal de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos.

En particular, de acuerdo con Lemoine Gaitán (2009), el interventor se encuentra sujeto al principio de coordinación, en su relación de entendimiento, comunicación, interacción e interdependencia con la entidad; y sujeto también, como consecuencia lógica, al control, es decir, a la vigilancia, supervisión y seguimiento. Estos supuestos constitucionales, fundamentan la responsabilidad solidaria de los intervinientes en la gestión fiscal, que tiene como característica el nivel creciente de las hipótesis en las que se puede aplicar.

En este sentido, se debe mencionar que el legislador colombiano creó una identidad sustancial entre las funciones de la interventoría, y las actividades de fiscalización, pues ésta “debe incluir el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales” (Lemoine, 2009). Desde este punto de vista, el interventor ejerce una verdadera gestión fiscal, por lo que se ve abocado al tratamiento imparcial respecto de los demás administrados (igualdad), a desarrollar sus funciones con propósito de servicio, honestidad y cumplimiento de obligaciones, sujeto a incompatibilidades y prohibiciones (moralidad administrativa), al logro oportuno de los objetivos (eficacia) y, en general, a los postulados de la celeridad, la imparcialidad y la publicidad en el cumplimiento de sus funciones.

La Ley 80 (1993, art. 14, num. 1), determina que para el cumplimiento del objeto contractual, la entidad estatal tendrá la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, lo que significa que se le endilga la obligación a la entidad de contar con la figura del interventor para que ejerza el seguimiento administrativo,

técnico, financiero, contable, ambiental y jurídico del contrato, es decir, que con la Ley 80 de 1993, se torna importante la interventoría, por ello la necesidad de contar actualmente con un marco regulatorio que fije el límite de su responsabilidad.

1.1. Antecedentes de la Responsabilidad Fiscal en Colombia

La responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico “la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos” (Corte Constitucional, sentencia C-619, 2002). Como características predicables de esta forma de responsabilidad, en la jurisprudencia constitucional se ha expresado que la responsabilidad fiscal es:

- i) De naturaleza administrativa; ii) es determinada a partir de un proceso de esta misma naturaleza, es decir, un proceso administrativo; iii) no tiene un carácter sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, pues busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal, teniendo esta suma como límite a exigir; y iv) en este proceso se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal. (Corte Constitucional, sentencia C-619, 2002)

Es de recibo en la doctrina, que “el control al manejo de los recursos de la hacienda pública, y la responsabilidad de los funcionarios que los administran, son instituciones milenarias presentes en las distintas culturas y civilizaciones pasadas y presentes” (Gómez, 2017, p.44). Autores como Amaya (2002), Beltrán (1993) y Penagos (1979), asumen como posición que el

control fiscal ha estado presente desde el descubrimiento y la conquista, aunque el control que se realizaba era sobre el manejo de los bienes de la corona y no sobre bienes del Estado.

Younes (2002) destaca que “desde el mismo descubrimiento del continente americano, ya en el segundo viaje de Cristóbal Colón existía un funcionario de los Reyes Católicos con funciones fiscalizadoras” (p. 55). Es con ocasión de la crisis institucional ocurrida durante la época de la independencia, que se dio paso a los primeros intentos para organizar el control fiscal, replanteamiento que se consagró incluso desde las primeras constituciones y leyes de la naciente República colombiana. A continuación se repasa lo más relevante sobre esta materia.

1.2. Antes de la Constitución Política de 1991

“Es en el período histórico de la República cuando se inicia en forma regular el Control Fiscal sobre los bienes de la Hacienda Pública” (Mosquera de Falla, 1981, p. 18). En una descripción general de esta etapa, de acuerdo con el tratadista Amaya (2002), “durante la República el papel del control fiscal fue meramente formal, ya que este se convirtió en una herramienta técnica de verificación cuya estructura se sujetó a los intereses de la clase dirigente” (p. 33).

Beltrán (1993), argumenta que:

Aunque ya algunas Constituciones regionales habían consagrado una especie de función fiscalizadora desde el año de 1812, se puede afirmar que el primer intento normativo general con el fin de organizar el control fiscal del naciente Estado colombiano se encuentra en un Decreto del presidente Santander del año 1819, que tenía como fin ejercer una forma de control sobre los empleados del incipiente sistema de hacienda pública. Esta norma disminuyó

los sueldos y honorarios de los empleados públicos para destinar dichos recursos a la financiación de las campañas libertadoras. (p. 44)

Como bien lo refiere Beltrán (1993),

a este Decreto le siguió una Ley de 1819, en la cual se consagró la pena de muerte para los funcionarios públicos a quienes se le comprobara el mal uso de los fondos, y la pena de prisión para quienes fueran negligentes en el desempeño de su cargo el gobernante del momento, Simón Bolívar, encomendó el control y manejo presupuestal al Tribunal Mayor de cuentas y a una Superintendencia General de Hacienda. (p. 48)

Fue en 1832 que se restableció la Contaduría General de Hacienda y se le encomendó el examen y fenecimiento de las cuentas anuales que debían rendir los funcionarios de manejo y que fue reemplazada en 1847 por una corte de cuentas ya en 1950 por una oficina administrativa con el mismo fin, esta institución persistió hasta el primer Código Fiscal de 1873 (Mosquera de Falla, 1981).

A partir del Código Fiscal de 1873 y las leyes y decretos posteriores que lo modificaron, se recopiló el cuerpo normativo fiscal en la Ley 61 de 1905, que en su artículo 1 definió la Hacienda Nacional como “el conjunto de bienes, rentas, contribuciones, derechos y acciones pertenecientes a la República (...)”. También estableció la organización y los elementos de la Hacienda Nacional, así como el sistema de contribuciones y Aduanas.

Menciona Cortés (2013) “que una segunda etapa de la evolución normativa del control fiscal en Colombia se enmarca durante las visitas de la denominada Misión Kemmerer y la reformas antes de 1975” (p. 7).

En efecto, una segunda etapa institucional del control fiscal en Colombia comienza a partir de la primera visita de la Misión Kemmerer, que arrojó como recomendación fundamental que el control sobre todas las operaciones fiscales se deberían centralizar en el Ministerio de Hacienda. (Betancur, 2007, p. 21)

Con posterioridad la ley 42 de 1923 modificó sustancialmente la organización del sistema de control fiscal en Colombia, con hitos como la creación de la Contraloría Nacional en forma de departamento administrativo, órgano que entre otras funciones, se encargó por primera vez en la historia institucional colombiana, de llevar las cuentas generales de la Nación incluyendo la Deuda Pública.

Apareció la noción de control presupuestal, “al establecer como requisito para la ejecución de cualquier gasto que este esté autorizado dentro del presupuesto” (Cortés, 2013, p. 30). Más adelante, como resultado de la segunda misión Kemmerer, las recomendaciones se plasmaron en el decreto legislativo 911 de 1932.

En 1945 la Contraloría fue elevada a rango constitucional, con los artículos 93 y 94 del acto legislativo No. 1 de este año, asumiendo la función fiscalizadora del manejo del tesoro público. En Colombia, la práctica de la interventoría se remonta a los años cincuenta, con el desarrollo de grandes proyectos de ingeniería para construir vías, puentes, oleoductos, edificaciones, puertos etc. “Profesionales de la ingeniería y la arquitectura empezaron a cumplir la tarea de controlar los proyectos para verificar que su ejecución estuviera acorde con su diseño y que los contratistas cumplieran con los compromisos adquiridos” (Jiménez, 2010, p. 52).

Con posterioridad, en 1975 se expidió la Ley 20 en la que se consagra el principio de moralidad de la Administración Pública.

El decreto 925 de 1976 definió los controles previo, perceptivo y posterior. El control previo, según Younes (2002) “persigue evitar que la administración efectúe transacciones u operaciones ilegales y por eso persigue comprobar que las operaciones que se van a realizar cumplan con todas las exigencias legales para el caso” (p. 88). El control perceptivo para Younes (2002) es:

un complemento indispensable a toda buena fiscalización. La importancia de este control está en función del objeto que se pretende controlar. Ese objeto gira en torno a bienes y elementos que se custodian. Este control se vale de la percepción sensorial de los elementos observados, la cual se confronta con los documentos respectivos. (p. 90), y el control posterior, 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 ajustan a las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos (p. 91).

De estos antecedentes se verifica que efectivamente antes de la Constitución Política de 1991, se estaba estructurando el tema de la responsabilidad fiscal, sin embargo, frente a la figura del interventor aún no se había establecido su imputación de responsable fiscal.

1.3. Después de la Constitución Política de 1991

Como bien se señala en la doctrina nacional, a partir de la Constitución Política se crearon contrapesos a la Administración Pública, con el fin de evitar y sancionar los desmanes de los sujetos del contrato estatal que pueden “ocasionar perjuicios a la sociedad, al Estado, a los bienes

públicos, al interés general y a los recursos económicos públicos que se manejan a través de los negocios jurídicos del Estado” (Santofimio, 2008, p. 241).

A partir de la carta de 1991, la responsabilidad fiscal es definida en la doctrina como una función pública (artículos 113, 119, 267, 271 y 274), que permite según Gómez (2017),

una atribución de los organismos de control frente a la administración, los particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos. Los organismos de control fiscal que tienen esa atribución son la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales, departamentales, municipales y distritales, así como la Auditoría General de la República. (p. 22)

En nuestra legislación, el régimen disciplinario aplicable a los interventores de contratos estatales parte de lo regulado a los particulares que ejercen función pública. Así la Constitución Política de 1991, en su artículo 123 menciona que: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

La responsabilidad fiscal entre servidores públicos, contratistas e interventores de los contratos de concesión en Colombia, se deriva de la función de verificación y vigilancia que emana de la facultad de dirección y control sobre la ejecución de la contratación y del principio de responsabilidad (contemplados en los artículos 4 y 26 de la ley 80 de 1993).

Se puede afirmar que el régimen aplicable a los interventores de contratos estatales, parte de lo establecido para los particulares que ejercen función pública.

En publicación realizada por Rico (2007) expresa que “la responsabilidad fiscal derivada de actos contractuales debe predicarse del representante legal de la entidad estatal, quien tiene competencia, administra, maneja recursos públicos, pero no de quien asesora” (p. 1035). Fundamenta su afirmación en la interpretación dada al numeral 5° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, excluyendo los órganos o personas asesoras, indicando que como director de la actividad contractual tiene la facultad de apartarse de cualquier concepto dado por ellos.

Contrario a lo planteado por el doctrinante anterior, Amaya (2002) expone que:

Deberán responder fiscalmente por sus actuaciones negligentes o dolosas aquellos servidores públicos que en ejercicio de sus funciones hayan intervenido en el proceso contractual y que hubieren ejercido sobre él una influencia jurídica o técnica decisoria, como sería el caso de los asesores de planeación, jurídica, control interno, etc., siempre que con su proceder causen daño patrimonial al Estado. (p. 242)

Para Restrepo (2010) “una de las características distintivas del sistema constitucional adoptado en 1991 es el desarrollo de mecanismos de control al ejercicio de la autoridad” (p. 18), entre los que el autor menciona el control fiscal. Ya antes se había introducido el concepto de control sobre la gestión fiscal, como la función pública que tiene como fin:

vigilar la eficiente gestión de las entidades estatales y la de los particulares que administran recursos estatales, garantizando que tanto el recaudo de sus recursos, como el gasto e inversión de los mismos, se actúe de manera que se obtengan los mejores resultados para la sociedad y para la administración. (Atehortúa, 1995, p.171)

Para llegar a esta definición, indudablemente que se tuvo que pasar por el tamiz de la Constitución de 1991, para poder hablar de un control fiscal integrado con unos principios de prevalencia del interés general y determinado como una función pública, “con un tratamiento normativo distinto, que se orienta a la preservación de los recursos públicos y a su aplicación a los fines esenciales del Estado” (Restrepo, 2010).

Señala Díaz Barrera (2013), que:

históricamente los órganos de control fiscal únicamente vinculaban a los procesos de responsabilidad fiscal a los gestores fiscales, entendidos como los ordenadores del gasto o representantes legales quienes tenían la capacidad jurídica, administrativa y financiera para disponer de los recursos del Estado; y eventualmente vinculaban a particulares que administraban recursos públicos por ejemplo a quienes se les cancelaba el anticipo en los contratos de obra pública. (p. 36)

Luego, a finales de la década de los ochenta y principios de los noventa la situación de corrupción dio pie para que se pensara en una reforma a los controles existentes hasta el momento, es así como llegamos a la reforma de 1991, que amplía el ámbito de aplicación de las normas del control fiscal.

La Constitución Política (artículo 113) también consagró la existencia de entidades encargadas del cumplimiento de las funciones del Estado, en particular, para velar por el cumplimiento del principio de eficacia en la gestión administrativa. Se trata de órganos autónomos e independientes, en cuya propia misión institucional se dé el control fiscal y su

dinámico papel público, en el plano de los derechos sociales, económicos y colectivos en general, y ya no simplemente en el terreno de la corrección legal del gasto (Santafé, 2012, p. 37).

Son verdaderos órganos autónomos e independientes creados para el cumplimiento de las demás funciones del Estado diferentes a la Legislativa, la Ejecutiva y la Judicial, y es dentro de ellos donde podemos ubicar a la Contraloría General de la República, tal y como lo señala expresamente el Art. 117 de la C.P.

La definición y naturaleza jurídica del control fiscal, conforme a lo establecido en los artículos 267 y 268, indica que “es una función pública tanto para la administración, como para aquellos particulares que manejen fondos o bienes públicos, este control es ejercido por las Contralorías, es autónomo respecto de otras modalidades de responsabilidad” (Gómez, 2012, p. 198).

Según lo anterior, la contratación es un tipo de gestión fiscal, pues en este proceso se dispone de recursos públicos para realizar una serie de actividades que se orientan al cumplimiento de los fines estatales, la prestación de servicios públicos, atender funciones administrativas y la materialización de los derechos. Es decir, “siempre hay un título normativo que habilita a los funcionarios públicos o particulares para que dispongan de los recursos públicos; las personas que tienen ese mandato son gestores fiscales en tanto que administran tales recursos” (Gómez, 2012, p.198).

Como también lo refiere Pérez Escobar (2004), la Constitución Política (1991, art. 267) que “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 que manejen fondos o bienes de la Nación” (p. 636).

Debe ser de conformidad con los artículos 90, 124 y 268 de la Constitución, que se deben armonizar los criterios jurisprudenciales sobre la materia.

Además la Corte reafirmó que la responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar que el investigado obró con dolo o con culpa, por lo cual está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, de modo que la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente.

La Constitución Política colombiana, en el inciso primero del artículo 267, establece que el control fiscal es una función pública, ejercida por la Contraloría General de la República en su calidad de órgano de control, que se concreta en la actividad de vigilancia sobre la gestión fiscal de los servidores del Estado y de las personas de derecho privado que manejen o administren fondos o bienes de la Nación, en todos los órdenes territoriales.

El artículo 365 de la Constitución Política señala que “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado,” que es deber de éste “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional,” que “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares” y que “en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.”

Esta preceptiva superior encuentra cabal desarrollo en la normatividad que regula la contratación estatal, en especial en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, al disponer que “los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los

mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que además de la obtención de utilidades cuya obtención garantiza el Estado colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”

A renglón seguido, la posibilidad de imputar la responsabilidad fiscal respecto de un sujeto determinado, encuentra fundamento en el artículo 268 de la Constitución, el cual establece que el sistema de la Contraloría, en los distintos órdenes territoriales, tienen el poder de "establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma".

También la Constitución Política (1991, art. 123), menciona que: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”. Sobre lo anterior, también se manifestó la Corte Constitucional mediante la sentencia C-037 de 2003, expresando que: “el particular que preste el servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el legislador”. Lo cual significa que “los interventores son responsables fiscalmente, cuando en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causan por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado” (Díaz, 2013, p. 11).

En este sentido, el artículo 209 de la Constitución, cuando consagra que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales”, implica que el funcionario o persona natural o jurídica que sea designada para ejercer las funciones de interventor o supervisor en contratos que celebre el Estado, deberá conocer y aplicar los principios que orientan la actividad de la administración pública. Es el sentido en el cual “la regulación, organización, integración, prestación, limitación, intervención, fiscalización y protección jurídica de la función administrativa y de su ejercicio, son propios de la función administrativa, implícitos en ella” (Dromi, 1997, p. 154).

Lo anterior, entendiendo los principios como “verdaderas normas, porque igual que las reglas dicen lo que debe ser. Los principios son mandatos de optimización, por cuanto que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posiblemente permitido, por las condiciones jurídicas y fácticas existentes” (Yong Serrano Samuel, 2013, p.13).

Vega de Herrera (2005) expresa que:

En materia de la actividad contractual pública, por corresponder a la función administrativa, siempre debe tener como finalidad esencial el servicio a la comunidad y la prevalencia de los intereses generales. Son principios orientadores específicos, según el artículo 23 del Estatuto contractual: la transparencia, la economía y la responsabilidad. A ellos deben sumarse los postulados que sirven de directrices a la función administrativa según el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo, es decir: la celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, todo en consonancia con principios rectores como: la buena fe, la igualdad, la moralidad, la eficiencia, la participación y la primacía del interés colectivo sobre el particular. (p. 74)

Conviene en este punto, establecer que la Constitución Política en su artículo 123, junto con la definición de servidor público y la determinación del marco en que ejercen sus funciones, se refiere también al régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas. Sujetos que se encuadran en la hipótesis del artículo 90 constitucional, que configura la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que hayan sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo.

Como bien se señalaba también en anteriores páginas, la función administrativa de control tiene por objeto un examen de la legalidad de la actividad contractual pública. Esta función de *fiscalización* (Dromi, 1997), tiene como razón justificativa que dicho control “se impone como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal” (p. 167).

La Ley 610 de 2000, en lo que se refiere al proceso de responsabilidad fiscal, determina que:

Artículo 1. 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.

Entonces, se puede afirmar que la responsabilidad fiscal en forma solidaria tiene como propósito garantizar la efectiva reparación del daño causado por los intervinientes en la

contratación estatal, protegiendo al Estado de la posible insolvencia de uno de ellos o la dificultad de repetir en contra de alguno de los mismos.

En este orden de ideas, “el proceso de responsabilidad fiscal no solamente se dirige contra quienes realizan en estricto sentido gestión fiscal, sino también contra quienes contribuyan o concurran a la materialización del daño” (Díaz, 2013, p.13).

1.4. Ley 1474 del 12 de julio de 2011

Díaz (2013) señala en su texto que:

Con el propósito de introducir mecanismos efectivos para la lucha contra la corrupción, se expidió la Ley 1474 de 2011, “Estatuto Anticorrupción”, en el cual entre otros temas se introdujeron importantes cambios en lo relacionado con la gestión de los procesos de responsabilidad fiscal y la implementación de la oralidad en los mismos, situaciones que han generado importantes interrogantes e inquietudes por parte de las contralorías y la misma Auditoría General de la República, motivo por el cual, surge la necesidad de plantear algunos de ellos y resolverlos desde la óptica académica y en aras de generar y propender por la uniformidad en la adopción de criterios en los entes territoriales de control fiscal respecto de los diferentes vacíos e interpretaciones que se vienen dando con ocasión de la aplicación de la mencionada normatividad. (p. 12)

Con la aprobación de esta ley “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” se fortalecía en el capítulo séptimo el tema de la responsabilidad de los interventores. Se modifica el artículo 53 de la ley 80 de 1993, quedando el artículo 82 de la

Ley 1474 de 2011, el cual actualmente se encuentra modificado por el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018, que adiciona medidas que regulan la responsabilidad de los interventores, garantizando el principio de igualdad y llenando vacíos en la interpretación de la norma, es decir modificando la interpretación de responsabilidad objetiva que se entendía del artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, aclarando los límites de la responsabilidad y del contrato de interventoría.

De igual forma el artículo 84 de la misma Ley 1474 de 2011, establece frente a la responsabilidad fiscal la figura de la solidaridad, cuando establece en lo relativo a las facultades y deberes de los supervisores y los interventores, que “el interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con éste de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor”.

Además el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, estipula frente a los procesos de responsabilidad fiscal en donde se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado que responderán solidariamente el ordenador del gasto de la entidad contratante con el contratista y con las demás personas que concurran al hecho, lo que significa que aquí se da cabida a la responsabilidad fiscal solidaria que puede ser objeto el interventor de contratos de concesión vial objeto de este estudio.

Entonces, la solidaridad aplicable en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, corresponde a la imputación por la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal y no se trata de un criterio de imputación distinto al previsto en la ley.

Se puede afirmar que la *responsabilidad fiscal solidaria* tiene como propósito garantizar la efectiva reparación del daño causado por los intervinientes en la contratación estatal, protegiendo al Estado de la posible insolvencia de uno de ellos o la dificultad de repetir en contra de alguno de los mismos. En este orden de ideas, “el proceso de responsabilidad fiscal no solamente se dirige contra quienes realizan en estricto sentido gestión fiscal, sino también contra quienes contribuyan o concurran a la materialización del daño” (Díaz, 2013, p.13).

A partir de lo dicho, se puede reiterar que la *responsabilidad fiscal solidaria* siempre es de carácter subjetivo, pues para poder imputarla, se debe siempre determinar si el investigado actuó con dolo o con culpa, es decir, que siempre para imputar se debe individualizar y valorar la conducta del agente, contrario a lo que actualmente se interpreta desde un sector de la doctrina, que la responsabilidad del interventor es solidaria y objetiva respecto de los contratos a los que ejerce vigilancia en virtud del artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, que estableció lo siguiente:

En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista. Dichos interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría. (Ley 1508, 2015)

Según CCI (2018), “con este artículo se da lugar a entender que los interventores deben responder no solo por las obligaciones derivadas de la ejecución de su contrato, sino también por la ejecución de los contratos objeto de vigilancia” (p, 25) y que la nueva Ley 1882 de 2018

precisamente pretende limitar una especie de responsabilidad objetiva y solidaria por la acción u omisión de obligaciones que van más allá del alcance del contrato de interventoría, lo cual será expuesto a continuación.

1.5. Postura en la Ley 1882 del 15 de enero de 2018

El régimen jurídico de la responsabilidad de los interventores en el ejercicio de su actividad de control y vigilancia del contrato estatal se modificó sustancialmente con la expedición de la Ley 1882 de 2018. Según se expone en el proyecto de Ley que le dio origen, esta norma se promulgó debido a:

Una necesidad constante de dotar de herramientas al aparato estatal en la lucha contra la corrupción, fortalecer las empresas del sector, eliminar medidas de responsabilidad de los interventores que atentan contra el principio de igualdad, organizar la contratación y aprovechar la correcta marcha de los nuevos proyectos de infraestructura de transporte. (Congreso de la República, 2016)

El régimen vigente antes de su expedición, tenía como antecedente normativo lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, bajo cuyos términos, los interventores respondían no solo por las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, sino por “los hechos u omisiones que le fueren imputables en relación con los contratos que les correspondía supervisar” (Ley 80, 1993).

Dicha disposición legal que ya había sido modificada por la Ley 1474 de 2011, en los siguientes términos:

Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos (...). Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría. (Ley 1474, 2011, art.82)

La Ley 1882 que fue sancionada el 15 de enero de 2018, “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones”, la cual consagra en su artículo 2: “Modifíquese el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, el cual quedará así:

Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos

de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden conforme con el contrato de interventoría. (Subrayado fuera del texto).

Como desarrollo del principio de igualdad, ya que respecto de la responsabilidad en la etapa de liquidación, solo se puede imputar siempre y cuando los perjuicios sobrevengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría (Brigard & Urrutia, 2018).

Es decir, que los consultores, asesores externos e interventores “serán responsables civil, penal, fiscal y disciplinariamente por los daños o perjuicios a las entidades derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría o interventoría”(Ley 1882, 2018). Si bien este principio ya se encontraba consagrado en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, ahora

El criterio para determinar la responsabilidad se modifica, pues ahora se extiende únicamente a los daños o perjuicios derivados de hechos u omisiones que a su vez impliquen el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato en el que se desarrollan las actividades de consultoría, asesoría o interventoría, mencionadas anteriormente (Brigard & Urrutia, 2018).

Igualmente, en el terreno de las Asociaciones Públicas Privadas (APP), se tiene previsto:

Artículo 7°. Modifíquese el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada la interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden con el contrato de interventoría. (Ley 1882, 2018)

En el análisis que se propone, se reitera en primer lugar, que desde la Constitución de 1991, como bien se anotó anteriormente, se proscribió cualquier régimen de responsabilidad objetiva en Colombia. En este sentido, los eventos de incumplimiento o responsabilidad directa e imputable del interventor, se derivan de las obligaciones que a este correspondan de conformidad con el contrato de interventoría, pero también se originan en la naturaleza del interventor como particular sujeto al régimen de responsabilidad del servidor público.

Si bien la Ley 1882 limita la responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria de los interventores frente aquellas actuaciones establecidas en el contrato de concesión que deben de

ser supervisadas por estos particulares, en dicha modificación no se delimita la responsabilidad solidaria cuando la conducta del interventor se puede atribuir a título de culpa o de dolo. Por lo tanto, no es preciso afirmar que al interventor le sean imputables únicamente los daños que se produzcan en el marco del cumplimiento de las obligaciones derivadas de su responsabilidad directa y de su contrato de interventoría.

Se debe tener en cuenta en este punto, la naturaleza misma del proceso de responsabilidad fiscal según la Ley 610 de 2000, la cual determina que este proceso:

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)

En concreto, desde una visión empresarial como la que podría estar fomentando la Cámara Colombiana de Infraestructura (2018), de pretender limitar una especie la responsabilidad fiscal por la acción u omisión de obligaciones que van más allá del alcance del contrato de interventoría, se puede afirmar que aunque se elimina la interpretación de la responsabilidad objetiva, no se puede predicar lo mismo de la solidaridad.

Si bien es cierto, los interventores deberán responder por los perjuicios que provengan y sean imputables a su incumplimiento o responsabilidad hasta la etapa de liquidación del contrato objeto de interventoría, la responsabilidad fiscal de los interventores, se circunscribe no solo a los daños que se produzcan en el marco del cumplimiento de las obligaciones derivadas de su responsabilidad directa de su contrato de interventoría, sino además a los que le sean imputables

a título de culpa grave o dolo, como lo ha venido afirmando la jurisprudencia administrativa y constitucional.

Incluso se puede encontrar una contradicción entre los objetivos de la lucha contra la corrupción, y los de esta nueva Ley, si la responsabilidad del interventor se llegase a circunscribir apenas al marco establecido en el contrato de interventoría, y excluyendo totalmente el marco del contrato que es objeto de la interventoría. En este punto se debe recalcar que la *responsabilidad fiscal solidaria* entre servidores públicos, contratistas e interventores de los contratos de concesión en Colombia, se deriva, *ab initio* en nuestro sistema jurídico, de la función de verificación y vigilancia que emana de la facultad de dirección y control sobre la ejecución de la contratación y del principio de responsabilidad, contemplados en los artículos 14 y 26 de la Ley 80 de 1993. Por esto es que se puede afirmar que el régimen disciplinario aplicable a los interventores de contratos estatales, parte de lo establecido para los particulares que ejercen función pública.

De los artículos modificados encontramos un avance en cuanto a la responsabilidad del interventor ya que la nueva Ley 1882 de 2018, en su artículo 2, delimita el alcance de la responsabilidad de los interventores. Es decir, que con la nueva ley el criterio para determinar la responsabilidad se modifica, si bien antes se interpretaba que el interventor respondía por la acción u omisión de obligaciones más allá del alcance de su propio contrato de interventoría, es decir, los interventores respondían no solo por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría sino también por la ejecución del contrato vigilado, hoy con la nueva ley se incluye responsabilidad hasta la etapa de liquidación de los contratos pero se acota la responsabilidad de los interventores a los daños o perjuicios derivados de hechos u omisiones

que provengan del incumplimiento o responsabilidad directa de las obligaciones que le sean atribuibles conforme con el contrato de interventoría.

Lo que significa que la nueva ley trae un avance favorable para los interventores frente al tema de responsabilidad, donde se podrá imputar responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria, por responsabilidad directa e indirecta, siempre y cuando los perjuicios provengan de obligaciones que le correspondan conforme al contrato de interventoría, aquí en este último aparte es donde se marca la diferencia, el avance normativo, la limitación de responsabilidad, rescatando en sí el principio de responsabilidad subjetiva aplicable en el orden jurídico Colombiano.

2. Evolución jurisprudencial de la responsabilidad fiscal del interventor

Habida cuenta del precario desarrollo legal si se tiene en cuenta la regulación procesal contenida en la Ley 42 de 1993, la evolución conceptual al respecto fue asumida por las altas cortes hasta la expedición de la Ley 610 de 2000. Para Restrepo (2010), la demora en la expedición del estatuto legal impide efectuar un juicio sobre las bondades o las fallas de la existencia y aplicación de esta institución jurídica de estirpe constitucional.

La definición y naturaleza jurídica del control fiscal, conforme a lo establecido en los artículos 267 y 268, indica que es “una función pública tanto para la administración, como para aquellos particulares que manejen fondos o bienes públicos, este control es ejercido por las Contralorías, es autónomo respecto de otras modalidades de responsabilidad” (Gómez, 2012, p. 198).

En efecto, el fundamento jurídico que encuentra la responsabilidad fiscal solidaria del interventor en los contratos de concesión de infraestructura vial, se vincula en que “los servidores públicos y los particulares, cuando ejercen funciones públicas, están sujetos a la responsabilidad que emanan de la sujeción con el Estado y del ejercicio de las facultades otorgadas” (Ossa, 2000, p.98). Quedando así establecido, que tanto los servidores públicos, como los particulares que eventualmente ejercen funciones públicas, comparten como fuente constitucional de la responsabilidad a la que se someten, los ya vistos artículos 6, 20 y 90 de la Constitución de 1991.

Arias (2009), realiza un comparativo y diferencia entre la interventoría de obra pública y la interventoría de concesiones viales. Según este autor,

en la primera se debe buscar el cumplimiento de aspectos legales para cada una de las partes de acuerdo a lo reglamentado y a lo pactado contractualmente (más definido para una responsabilidad solidaria fiscal porque podría ser simplemente pactada). En las interventorías para las concesiones, en cambio, se debe desarrollar una asesoría permanente al INCO en todos los asuntos jurídicos que se presenten, cubriendo desde los aspectos ambientales, prediales, reclamaciones y los mismos aspectos legales del contrato suscrito entre el concesionario y la entidad pública. (p. 39)

Según esto la contratación es una gestión fiscal: [...] como quiera que se dispone de recursos públicos para actividades orientadas a cumplir y apoyar los fines estatales, para prestar servicios públicos, para atender funciones públicas o administrativas, para materializar los derechos que el Estado confiere a los habitantes del territorio, o para desarrollar o ejecutar proyectos o políticas públicas; tales finalidades tienen fuente en la Constitución, en la ley, el reglamento, en los actos

administrativos, generales, individuales e incluso en otros acuerdos de voluntades. “Es decir, siempre hay un título normativo que habilita a los funcionarios públicos o particulares para que dispongan de los recursos públicos; las personas que tienen ese mandato son gestores fiscales en tanto que administran tales recursos” (Gómez, 2012, p.198).

Como bien lo menciona Restrepo (2010), “con anterioridad a la expedición de la ley 610 de 2000, en la sentencia de la Corte Suprema de justicia, se precisaron algunos aspectos sobre la gestión fiscal” (p. 78); 1. De manera concreta, manifestó la Alta Corte que la gestión fiscal de la administración se inicia con los actos de adquisición o integración de un patrimonio del Estado que se destina a satisfacer las necesidades del servicio público; es decir, “la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general” (Díez, 1965, p.198), y que además prosigue con los actos propios a su conservación, manejo y explotación; y concluye con la afectación, disposición o inversión de los bienes muebles o inmuebles que de él hacen parte, para el mismo fin que le dio origen, y lo justifica (Corte Suprema de Justicia, 1977).

Considera Calderón (2014) que:

La entidad que lleva a cabo un proceso de selección para la adjudicación de la concesión de un proyecto de infraestructura vial está disponiendo de su capacidad para ejecutar este tipo de proyectos, transfiriéndole los derechos de uso y goce al contratista bajo ciertos lineamientos que lleven al desarrollo de la obra, donde los intereses generales o comunes de la sociedad priman sobre los intereses del particular que ejecuta el contrato. Lo dicho obsta para pensar que los límites al uso y goce de la cosa objeto del contrato de concesión desdibujan la figura propia de estos derechos clásicos, en la medida que estas atribuciones se someten a las

disposiciones de la entidad de acuerdo con las especificaciones del proyecto y al interés general, razón por la que la posibilidad que tiene para ejercer plenamente sus derechos se ve reducida al mínimo. (p. 86)

La figura de la transferencia del derecho real por parte del Estado en favor del particular tal como lo describe López Ramón (1989), la concesión crea una potestad del concesionario sobre su objeto; potestad que reúne los caracteres de derecho real (p. 43).

A continuación se expone que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional no solo ha estado en consonancia con la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, sino que además la fórmula de imputación para atribuir responsabilidad al interventor en materia fiscal, sigue incólume considerando la expedición de la Ley 1882 de 2018.

2.1. Línea jurisprudencial

La elaboración de la línea jurisprudencial tiene como objetivo identificar la posición de la Corte Constitucional, en cuanto a la responsabilidad fiscal solidaria aplicable al interventor en los contratos de concesión vial. Esto permitirá conocer los criterios jurisprudenciales de la teoría de la responsabilidad del servidor público y la del interventor en Colombia. La metodología que se utiliza se basa principalmente en la técnica desarrollada por Diego López Medina, en su texto “El Derecho de los Jueces”¹. No obstante, no se observa de manera estricta los conceptos desarrollados por López en la construcción de una línea jurisprudencial².

---

¹ Para López (2006), en la construcción de una de línea jurisprudencial, es necesario establecer el escenario constitucional, las sentencias más relevantes y la construcción teórica de la relación entre los pronunciamientos jurisprudenciales. A efectos de la selección de providencias, López explica que las sentencias se clasifican en no

En efecto, en el desarrollo de la tendencia jurisprudencial de la responsabilidad fiscal de la Corte Constitucional, no es posible aplicar de manera íntegra el método propuesto por López, por cuanto, en el desarrollo del mismo, no se establecen escenarios constitucionales de protección. Tan solo se elabora la reconstrucción conceptual de las teorías de la responsabilidad adoptadas por la Corte Constitucional. Lo anterior no obsta admitir que el esquema desarrollado en este trabajo se guió en la técnica de clasificación de sentencias y de graficación de la línea jurisprudencial de López Medina.

Para aplicar la técnica de clasificación de sentencias, se inició la búsqueda en la Corte Constitucional, donde se encuentran variedad de providencias que abordan la figura de la responsabilidad fiscal.

Sin embargo, este estudio se limitó a la revisión de las sentencias proferidas en las cuales los hechos correspondían a determinar la responsabilidad fiscal de los interventores. Una vez

---

importantes e importantes. En este último grupo, se encuentran las sentencias fundadoras, modificadoras y consolidadoras de línea, a las cuales se llega a partir del punto Arquimédico.

Para López (2006) las sentencias fundadoras de línea son: sentencias ambiciosas en materia doctrinaria, se apoyan en el vacío jurisprudencial existente, para consagrar visiones reformistas sin vocación de permanencia en la jurisprudencia. Las sentencias modificadoras son, las que introducen cambios fuertes de jurisprudencia dentro de la línea y las sentencias consolidadoras, son aquellas, en las que se aplica un principio contenido en una sentencia anterior (p.164- 166). Además, asevera el autor que, siendo la línea jurisprudencial un problema jurídico, debe ser graficado bajo un esquema en el cual la pregunta problema planteada se situó en el centro y a los lados se indiquen las respuestas extremas que la jurisprudencia ha dado al problema (López, 2006).

2 El método utilizado en la elaboración de la tendencia jurisprudencial de la Corte Constitucional, no corresponde totalmente al método de Diego López. Sin embargo, en la elaboración de la tendencia jurisprudencial, se adoptan algunos conceptos desarrollados por Diego López en la construcción de una Línea Jurisprudencial.

conformado el registro de las sentencias, se procedió a organizarlas de acuerdo a la teoría de la responsabilidad que desarrolla cada sentencia.

De esta manera, se construyeron conjuntos de sentencias que desarrollaran la teoría de la responsabilidad fiscal del interventor. De estos conjuntos de providencias, se escogieron aquellas que mayor describen e introducen modificaciones en los planteamientos de las distintas teorías de responsabilidad fiscal del interventor en los contratos estatales. Este último grupo de sentencias corresponde a los fallos desarrollados en el texto.

Las sentencias en materia de responsabilidad fiscal que se pueden considerar como hitos, son la C-046 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y la C- 512 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo (Gómez, 2017, p. 47).

Como punto de inicio se pueden tomar las sentencias de la Corte Constitucional, la C-397 del 2010, pues se puede considerar que este fallo tiene unos elementos fácticos relevantes. Resulta fundamental como punto de llegada la C-338 de 2014, por cuanto declara la exequibilidad de la expresión “responsabilidad fiscal” contenida en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011. (Corte Constitucional del 4 de junio de 2014 M.S. Dr. Alberto Rojas Ríos).

Sentencia hito, entendida como “una especie de idea reguladora que permite la organización precisa del material jurisprudencial por medio de criterios imperativos y de temáticas específicas” (Corredor, 2009, p.216). Las sentencias hito, como bien lo menciona Klug (citado por Corredor, 2009),

estipulan de forma paradigmática una lectura concreta y unívoca de un concepto o procedimiento de derecho problemático y, en tal sentido, esclarecen el alcance interpretativo y

práctico del mismo, mientras que las sentencias confirmadoras de doctrina o de principio, son puras y simples aplicaciones a un caso nuevo del principio o ratio contenido en una sentencia anterior. (Klug, 1998, p. 68)

Cuando por culpa gravísima se ocasionan daños por los que responde el Estado, y dicha conducta genera un incremento injustificado en el patrimonio del sujeto activo, directa o indirectamente, o genera favorecimiento para terceros, el Consejo de Estado (2008) ha reiterado que en el derecho colombiano la regla general es que las responsabilidades sean subjetivas, es decir, que deben tener en cuenta la conducta del individuo. Como consecuencia, para que exista una sanción, el responsable debe haber desplegado una conducta culposa o dolosa.

En este sentido, la Corte Constitucional, (Sentencia C-818, 2005), ha reiterado que “la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se elaboró y graficó la reconstrucción conceptual de la tendencia de la Corte Constitucional, para determinar la responsabilidad fiscal de los interventores en los contratos estatales.

Elaboración propia. Basada en el modelo de López Medina (2006).

Este esquema se elaboró así: En la parte superior del gráfico se introdujo la pregunta problema y en los extremos las posiciones que ha tratado la Corte Constitucional y en el interior del cuadro se ubicaron las sentencias adoptadas por la Corte Constitucional, atendiendo al orden cronológico y a los patrones de cambio decisional en el que se adoptaron las teorías, describiendo la dinámica de la decisión:

Sentencia C-046 de febrero 10 de 1994. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Define gestión fiscal y establece parámetros del proceso de responsabilidad fiscal.

Sentencia C-167 de abril 20 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz. Define el concepto de control fiscal, función fiscalizadora de la Contraloría General de la República, Gestión fiscal y establece directrices con respecto a los particulares que ejercen funciones administrativas.

Sentencia C-563 de octubre 07 de 1998. Magistrados Ponentes. Dr. Antonio Barrera Carbonell y Dr. Carlos Gaviria Díaz. Establece directrices con respecto a los particulares que ejercen funciones públicas para efectos de ser considerados como gestores fiscales.

Sentencia C-840 de 2001 de agosto 9 de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería. Define el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las Contralorías, el daño patrimonial del estado, las medidas cautelares, los requisitos del auto de apertura, la indemnización de perjuicios y la responsabilidad del funcionario que decreta la medida cautelar. Concluye que los procesos de responsabilidad deben atender al criterio especialísimo de que sólo proceden contra aquellos funcionarios que ejercen la gestión fiscal.

Sentencia C-619 de 2002 de agosto 8 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. La finalidad de la responsabilidad fiscal es la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos.

Sentencia C-648 de 2002 de agosto 13 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño. Menciona que la responsabilidad fiscal tiene como finalidad 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”.

Sentencia C-832 de 2002 de octubre 8 de 2002. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. La responsabilidad fiscal de acuerdo con el numeral 5 del artículo 268 constitucional únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente

habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre bienes o fondos del Estado puestos a su disposición”.

Sentencia C-037 de 2003 de enero 28 de 2003. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. Analiza la noción de servidor público establecida en la Constitución, evidenciando una connotación finalista y no puramente nominal. La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función.

Sentencia C-735 de 2003 de agosto 26 de 2003. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis. La Corte ha reiterado “el trámite del proceso de responsabilidad fiscal se deben observar las garantías sustanciales y procesales que informan el debido proceso en coordinación con el cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, los cuales orientan las actuaciones administrativas”.

Sentencia C-382 de 2008 de abril 23 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. Precisa el proceso de responsabilidad fiscal. De igual manera la Corte Constitucional ha mencionado que la gestión fiscal, es a su vez una función pública.

Sentencia C-512 de 2013 de julio 31 de 2013. Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo. En el análisis correspondiente se estudió la configuración del proceso de responsabilidad fiscal que busca determinar y declarar la responsabilidad fiscal del servidor público o del particular, sobre la base de un detrimento patrimonial (daño) imputable a una conducta culpable (dolo o culpa grave) de éste, habiendo un nexo causal entre ambos.

Sentencia C-338 de 2014 de junio 4 de 2014. Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos. Declarar exequible, el artículo 119 de la ley 1474 de 2011. El marco legal vigente, en concordancia con la Constitución Política, exige la existencia de dolo o culpa como sustento de la atribución de responsabilidad de naturaleza fiscal. Por su parte, el artículo 119 de la ley 1474 de 2011, determina que aquellos a quien sea imputada responsabilidad fiscal, responderán de forma solidaria.

2.2. Resultados de la línea jurisprudencial

De la Línea Jurisprudencial desarrollada se concluye que la Corte Constitucional entiende que la responsabilidad fiscal tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos.

Como características predicables de esta forma de responsabilidad, en la jurisprudencia constitucional se ha expresado que la responsabilidad fiscal i) es de naturaleza administrativa; ii) es determinada a partir de un proceso de esta misma naturaleza, es decir, un proceso administrativo; iii) no tiene un carácter sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, pues busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal, teniendo esta suma como límite a exigir; y iv) en este proceso se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal.

Frente al artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, se tiene que no construye un fundamento distinto para la imputación, y determina que aquéllos a quien sea imputada responsabilidad fiscal, responderán de forma solidaria, dicho punto al ser estudiado por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-338, responsabilidad fiscal solidaria, el fundamento de imputación que debe aplicarse en los procesos de responsabilidad fiscal, es la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.

En cuanto a los límites de la gestión fiscal, en la sentencia C-840 de 2001 la Corte Constitucional manifestó que: "Este nuevo espectro constitucional ha puesto al ordenador del gasto en un rango de autonomía e independencia ampliamente favorable a los designios de la gestión fiscal que le atañe con algunas responsabilidades correlativas que atienden a la defensa de diversos bienes jurídicos tales como los referidos a la administración y al Tesoro Público. Claro que este orden de cosas no le incumben con exclusividad al ordenador del gasto, dado que el circuito de la Gestión Fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado (...).

Jurisprudencialmente es importante señalar que desde la sentencia C-840/01 de la Corte Constitucional, señaló que ejercen gestión fiscal los servidores públicos y los particulares "que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo". Para determinar la responsabilidad fiscal del interventor debe tenerse en cuenta en cada caso en particular, que sus obligaciones son de medio y no de resultado y que por regla general emite conceptos y no toma decisiones sobre administración y manejo de recursos. Hasta la Sentencia C-619 de 2002, la finalidad de la responsabilidad fiscal es la protección y garantía del patrimonio

del Estado, buscando la reparación de los daños que éste haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos.

Del anterior resultado se infiere que la responsabilidad fiscal del interventor ha sido objeto de análisis y estudio constitucional frente a la conducta constitutiva de falta grave que genera un detrimento al patrimonio del Estado. La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal, significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos. (Corte Constitucional C-233/2002).

Para Ayala (2005) es claro que:

Lo anterior constituye una expresión del principio de participación de los particulares en las funciones del Estado, el cual ha sido aceptado por la Corte Constitucional al reconocer que ellos participan en la ejecución de actividades judiciales o administrativas, indicando que la Corte ha sido clara jurisprudencialmente en las sentencias C-866 de 1999, C-166 de 1995 y C-316 de 1995 en distinguir el ejercicio de las funciones administrativas de los particulares con el de la privatización. (p.17)

En síntesis, “Con arreglo a la nueva Carta Política la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados...” (Corte Constitucional C-840/01).

3. Elementos actuales de la responsabilidad fiscal del interventor

La responsabilidad fiscal está integrada por una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado y un nexo entre los dos elementos anteriores. El daño patrimonial es toda disminución de los recursos del Estado, que cuando es causada por la conducta dolosa o gravemente culposa de un gestor fiscal, genera responsabilidad fiscal. En este orden de ideas, todo daño patrimonial, en última instancia, siempre afectará el patrimonio estatal en abstracto (Consejo de Estado, 2007).

Sin embargo, cuando se detecta un daño patrimonial en un organismo o entidad, el ente de control debe investigarlo y establecer la responsabilidad fiscal del servidor público frente a los recursos asignados a esa entidad u organismo, pues fueron solamente éstos los que estuvieron bajo su manejo y administración. Es decir, que el daño por el cual responde, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto.

En la doctrina el fundamento teórico de la existencia de una responsabilidad fiscal en general,

Reside en las condiciones de vulnerabilidad moral, que subyace en los hombres y en especial cuando estos tiene a su disposición, la comandancia, la ordenación del gasto, más aún cuando se trata de los dineros de la comunidad, es decir, de los dineros públicos de los contribuyentes, que por el tramado normativo e institucional se suele considerar y, por mucho encubrimiento que tenga las formas y generalidad de capturar de esos recursos. (Rodríguez, 1994, p. 11)

Es necesario precisar que en cuanto al ámbito de la responsabilidad fiscal del contratista, el artículo 61 de la Ley 610 de 2000 previó que al ser declarado el contratista responsable en un proceso fiscal, por lo que debe la Contraloría solicitar a la autoridad administrativa correspondiente que se declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

De acuerdo con Gómez (2012), la responsabilidad fiscal del interventor puede ocasionarse por conductas consistentes en recibir pagos contractualmente pactados, sin darse cumplimiento a las obligaciones del contrato; omitir el deber de vigilancia, seguimiento y control pero recibir la cancelación por este concepto, principalmente.

Como fuentes, se tiene que el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, sin prever un fundamento distinto para la imputación, determina un asunto por completo distinto: que aquéllos a quien sea imputada responsabilidad fiscal, responderán de forma solidaria. La Ley 1474 de 2011 incluye diversos preceptos que hacen referencia a los procesos de responsabilidad fiscal, entre otros, el artículo 118, el cual prescribe que el grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o culpa grave, disposición que ratifica lo establecido en el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, en cuanto “la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión Fiscal”.

La solidaridad que establece el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en la Ley 610 de 2000, ni a los que la jurisprudencia ha derivado

de las normas constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.

3.1. Responsabilidad fiscal solidaria

Los artículos 267 y 268 de la Constitución determinan que la Contraloría General de la República y las contralorías de las entidades territoriales, departamentales, municipales y distritales desarrollan el control fiscal en Colombia, es decir, la función pública de vigilar la gestión fiscal de los servidores del Estado y de las personas de derecho privado que manejen o administren fondos o bienes de la Nación.

Por mandato expreso de la propia Constitución art. 267, el control fiscal se ejerce en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que defina el legislador, y el mismo debe incluir el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Sentencia (C-382/08).

La responsabilidad fiscal en forma solidaria tiene como propósito garantizar la efectiva reparación del daño causado por varias personas, protegiendo al Estado de la posible insolvencia de uno de ellos o la dificultad de cobrarle la parte que le corresponde pagar.

Díaz (2013) menciona: “con anterioridad a la vigencia de la Ley 1474 de 2011, no existía en estricto sentido, precepto legal (derecho positivo) dentro del proceso de responsabilidad fiscal, para imputar responsabilidad fiscal en forma solidaria por hechos generadores de daño” (p. 31).

Por tanto, como la solidaridad no estaba contemplada en el Estatuto de Contratación Ley 80 de 1993, entre servidores públicos y Contratistas, simplemente el artículo 1568 y 2344 del Código Civil Colombiano menciona sobre las obligaciones solidarias que en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum, y expresa el mismo artículo que la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley. El Código Civil definió y describió la Responsabilidad Solidaria como:

Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso. (Código Civil, 1887, art. 2344)

Con la nueva legislación, el artículo 84, en especial el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, el ámbito de aplicación del proceso de responsabilidad fiscal se amplía sustancialmente por la misma definición de la solidaridad en materia de responsabilidad fiscal.

Como bien se anticipó, la previsión de solidaridad entre el ordenador del gasto y las demás personas que concurren en un daño patrimonial al Estado, entre quienes están los interventores de contratos estatales, es una atribución de responsabilidad que hace necesaria la exigencia del dolo o la culpa grave como sustento. Esto de conformidad con los artículos 90, 124 y 268 de la Constitución, es decir, como una forma de responsabilidad subjetiva, que por lo mismo debe ser individualizada y valorada a partir de la conducta concreta del sujeto.

En consecuencia, la solidaridad entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal que establece el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, se encuentra dentro del mismo parámetro de imputación previsto en la Ley 610 de 2000. En cuanto a su naturaleza jurídica, dicha responsabilidad tiene un carácter y una finalidad resarcitoria, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos.

En este orden de ideas, la responsabilidad solidaria del interventor en el contrato de concesión vial se justifica por la necesidad del Estado de ejercer control y vigilancia a los contratos estatales. Esta visión sobre la responsabilidad fiscal, encuentra apoyo en la opinión mayoritaria de los tratadistas que analizan el concepto de gestión fiscal y los elementos del proceso de responsabilidad fiscal, como Amaya (2002), Gómez Sierra (2012), y Polanco (1999).

Frente al régimen de responsabilidad de los particulares que ejercen funciones públicas, el interrogante que se presenta en este punto, es determinar la clase de responsabilidad que recae sobre aquellos, si bien la Ley 1474 de 2011 artículo 82, fue modificada por el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018, donde menciona que:

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

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

No se puede perder de vista que a partir de la declaratoria de responsabilidad fiscal, el contratista responde con su propio patrimonio por los perjuicios causados. Pero, debe aclararse que el hecho de ser servidor público o contratista, que administre o maneje recursos públicos, no lo convierte en forma automática en sujeto de responsabilidad fiscal.

Todo porque con su conducta participó en la gestión fiscal de recursos públicos “con ocasión” de la gestión fiscal contenida en el artículo 1° de la Ley 610 de 2000, significa, en el contexto de dicha norma, que el establecimiento de responsabilidad fiscal “solo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen” tengan una conexión cercana al desarrollo de la gestión fiscal y el resultado negativo suceda como consecuencia forzosa e inevitable de dichos actos, y no de manera contingente.

En particular, viéndose sujeto al principio de coordinación, en su relación de entendimiento, comunicación, interacción e interdependencia con la entidad; y sujeto también, como consecuencia lógica, al control, es decir, a la vigilancia, supervisión y seguimiento. Estos supuestos constitucionales, fundamentan la responsabilidad solidaria de los intervinientes en la

gestión fiscal, que tiene como característica el nivel creciente de las hipótesis en las que se puede aplicar, de acuerdo con Lemoine (2009).

Dada la relación entre el proceso de responsabilidad fiscal con la protección y garantía del patrimonio del Estado, tanto los funcionarios públicos como los particulares que gestionan recursos públicos, tienen la obligación de vigilar la correcta e idónea ejecución del objeto contractual para asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios y la efectividad de los derechos de los administrados. Es decir, que se entiende que colaboran con el Estado para la obtención de dichos fines, y en la misma línea, entonces deben responder por sus actuaciones gravemente culposas, por hechos y actos antijurídicos.

Para la formulación de la solidaridad resulta fundamental el artículo 1568 del Código Civil, según el cual la solidaridad solamente se puede predicar de la ley, convención o testamento; pero ni el Estatuto de Contratación ni la Ley 610 del 2000, contemplaban la solidaridad entre servidores y contratistas (Lemoine, 2012).

Ahora, en cuanto a la solidaridad el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011 en su Parágrafo 3 y 4, señalan que el interventor que no informe de un posible incumplimiento del contrato o de algunas de las obligaciones a cargo del contratista será solidariamente responsable con éste de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento y cuando el interventor sea Consorcio o Unión Temporal la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, respeto del régimen sancionatorio.

De igual forma al tratar el capítulo VIII de la misma Ley 1474, sobre las medidas para la eficiencia y eficacia del control fiscal en la lucha contra la corrupción el artículo 119 determina

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

Sobre este punto en particular, Dromi (1997) afirma que “la solidaridad es el valor de los sacrificios compartidos; es el nuevo nombre de la igualdad. Ser partícipes de los esfuerzos comunes de asistencia individual y colectiva, es un requerimiento axiológico a incorporar a la legislación del porvenir” (1997, p. 25).

Dromi (1997) expresa que:

Los efectos de la responsabilidad solidaria se deben pensar en el conjunto normativo y jurisprudencial que se ha construido en nuestro sistema jurídico, según que el control, responsabilidad y protección se predicen recíprocamente, sin el uno no hay el otro. Sin control no hay responsabilidad y si no hay responsabilidad las medidas de protección social son falaces. Sin control no hay responsabilidad, no puede haber responsabilidad pública sin fiscalización eficaz de los actos del Estado. (p. 29)

En cuanto a la gestión fiscal La Ley 610 de 2000 estableció el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal con el objetivo de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares. En el artículo 3 define la gestión fiscal. La Corte Constitucional (Sentencia C-529 de 1993) ha complementado el alcance del concepto de gestión fiscal, al considerar que contratante y contratista son gestores fiscales potenciales, puesto que

este concepto “alude a la administración o manejo de tales bienes en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión o disposición”.

Al referirse a esto Gómez (2012) afirma:

en un contrato que se celebre con recursos públicos siempre se desarrolla alguna de las actividades enunciadas por la Corte. No solo el contratante y contratista, tienen ese carácter de gestores, también lo son el interventor, supervisor, pagador, etc. Todos actúan de manera individual y a veces mancomunada o solidaria. (p. 200)

Su conocimiento y trámite corresponde a autoridades administrativas, como son: la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales y municipales, la responsabilidad que se declara a través de dicho proceso es esencialmente administrativa, porque juzga la conducta de un servidor público, o de una persona que ejerce funciones públicas, por el incumplimiento de los deberes que les incumben, o por estar incurso en conductas prohibidas o irregulares que afectan el manejo de los bienes o recursos públicos y lesionan por consiguiente el patrimonio estatal. Dicha responsabilidad es además patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Adicionalmente, la declaración de la referida responsabilidad tiene indudablemente incidencia en los derechos fundamentales de las personas que con ella resultan afectadas (intimidad, honra, buen nombre, trabajo, ejercicio de determinados derechos políticos etc.). [...] 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.

Con este pronunciamiento vuelve a ser importante comprender que el marco legal funciona en el caso de la interventoría con la evaluación de su efectividad, es decir, que lo que se pone sobre la mesa es sí los principios de idoneidad y de eficacia funcionan de modo adecuado, para cumplir las necesidades de la administración que son cedidas por el Estado a los particulares a través del contrato de obra.

Se debería contemplar dicha previsión como función general del interventor, en aras de lo que ha dicho el Consejo de Estado sobre la vocación de los contratos estatales. Es decir, “la sostenibilidad y continuidad en el tiempo, para el cumplimiento de los objetivos de la responsabilidad social y buen gobierno corporativo, de tal modo que el erario público sea aprovechado de manera óptima, sirviendo lo contratado al desarrollo con justicia social” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287).

3.2. Daño patrimonial causado por el interventor

Se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o de los intereses patrimoniales del Estado, producidos por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Según Younes (2006), “dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público” (p. 304).

El concepto de daño patrimonial al Estado fue definido por en la Ley 610 (2000, art. 6) de la siguiente manera:

Daño patrimonial al Estado. 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, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los

servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

En el caso del interventor, es un particular contratista que aunque no administre directamente los recursos, siempre incide en un posible menoscabo del patrimonio público, razón está por la que está llamado a responder, en virtud de la función pública que ejerce, a las facultades de las que goza y los niveles de cuidado y previsión que debe observar.

Como bien lo señala Arias (2009), cuando se entra a estudiar el desarrollo de las concesiones, tiene vital importancia el concepto de riesgo, Caballero (2002), expresa que “la Gestión de Riesgos se puede definir como la planificación, la identificación, seguimiento y control de los riesgos de un proyecto; riesgos que se deben ir actualizando en la medida que avance el proyecto” (p. 41). “La previsión de los riesgos busca que desde antes de celebrarse el contrato las partes acuerden a cargo de quien queda la carga de asumir los riesgos que sean previsibles y que se presenten durante la ejecución del contrato” (Palacio, 2004, p. 2).

En cuanto a los límites de la gestión fiscal, en la sentencia C- 840 de 2001 la Corte Constitucional manifestó que: "Este nuevo espectro constitucional ha puesto al ordenador del gasto en un rango de autonomía e independencia ampliamente favorable a los designios de la gestión fiscal que le atañe con algunas responsabilidades correlativas que atienden a la defensa de diversos bienes jurídicos tales como los referidos a la administración y al Tesoro Público". Claro que este orden de cosas no le incumben con exclusividad al ordenador del gasto, dado que el circuito de la Gestión Fiscal involucra a todos los servidores públicos que tengan poder decisorio sobre los bienes o rentas del Estado.

En el proceso No. 2014 – 00058-01, sentencia del 15 de septiembre de 2016, C.P. María Elizabeth García González, el Consejo de Estado Sección Primera determinó que para la finalidad de la Responsabilidad Fiscal, en cuanto a la estimación del daño patrimonial debe existir una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable. Que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.

Igualmente en sentencia de 30 de mayo de 2013, la alta corporación expresó que “es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable”.

3.3. La conducta dolosa o culposa atribuible a quien realiza la gestión fiscal

La gestión fiscal hace referencia a “la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición”. (Sánchez, 2007, p. 83).

Según Younes (2006) menciona que:

La figura jurídica de la gestión fiscal comprende el conjunto de operaciones relacionadas con la administración, explotación y disposición de los recursos que integran el patrimonio de la Nación y de sus entidades descentralizadas, tales como el recaudo de fondos, la adquisición o enajenación de bienes y la ordenación de gastos e inversiones. (p. 298)

Un primer aspecto es la gestión fiscal en contratos, ya que esta actividad ha sido de compleja interpretación o asimilación por quienes deben ejercerla. Al respecto Gómez Lee (2006) considera que “la situación contractual se encuentra enmarcada en tres criterios: uno que es objetivo o material; dos, una contratación estatal en un sentido amplio o general y tres, las personas que siendo particulares u organizaciones privadas, contratan con recursos públicos” (p. 24).

Según el autor Nilson Pinilla (1989, citado por Jiménez, 2003), la sentencia proferida el 24 de julio de 1987 por el Consejo de Estado con ponencia del H. Magistrado Aldana Duque, en la que se expresa que los aspectos de dolo, culpa y preterintención inherentes al daño, comparte el Consejo de Estado la consideración hecha por la parte demandante, en el sentido de que:

las contravenciones a las normas del derecho público económico deban, por su tipificación, referirse al examen de la culpabilidad en la conducta, por cuanto que la contravención, en términos generales supone, en materia de derecho administrativo, la infracción a un precepto claramente establecido, sin consideración a la intencionalidad o culpa de la parte infractora. (p.35)

Este elemento objetivo del daño, permite diferenciar entre el proceso de responsabilidad fiscal y la acción de repetición, en cuanto en el procedimiento de responsabilidad fiscal se exige la

existencia de un daño patrimonial al Estado, mientras que en la acción de repetición se requiere un daño antijurídico a un tercero (Consejo de Estado, sentencia del 7 de febrero del 2011).

El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal corresponde al dolo o la culpa grave. Se presume entonces, que el gestor fiscal obra 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.

Igualmente, se presume que el gestor fiscal obra con culpa grave cuando omite el cumplimiento de las obligaciones propias del contrato de interventoría o de las funciones de supervisión. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-340 de 2007, consideró que la inequidad de las prestaciones contractuales no dan los parámetros suficientes para 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, según Lemoine (2010), resulta violatoria de los principios de legalidad y tipicidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución, los que se deben aplicar siempre que se pretenda determinar la responsabilidad fiscal.

Ante los vacíos de la Ley 610 de 2000, en cuanto a lo que debe tenerse como dolo o culpa grave, se puede acudir a la Ley 678 de 2001, que señala como conducta dolosa “cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado”.

Además, siguiendo con el contenido de la misma norma, se presume que existe dolo del agente público por haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a

derecho en un proceso judicial. Igualmente, cuando obra con desviación de poder, con vicios o falsedad en la motivación al expedir actos administrativos, por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado Ley 678 (2001, art. 5):

Artículo 5°. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado. Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas: 1. Obrar con desviación de poder. 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento. 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración. 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado. 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Respecto de la culpa grave Ley 678 (2001, art 6), la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando “el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones”:

Artículo 6°. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones. Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas: 1. Violación manifiesta e

inexcusable de las normas de derecho; 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable; 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable; 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Se presume que la conducta es gravemente culposa cuando hay violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho, carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable; omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable. Y cuando se viola el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

En armonía con las disposiciones constitucionales del debido proceso,

La culpa grave o dolo en la conducta del agente se debe estudiar de conformidad con las normas vigentes a la fecha o a la época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño, como se determinó en la sentencia. (Consejo de Estado, exp. 1995-08354, 2007)

Por último, la gestión fiscal se puede aseverar como la administración de los recursos públicos con el objeto de asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, con estricto cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia, economía, equidad y valoración de costos ambientales (Gómez Lee, 2006).

Para el Consejo de Estado, debe acudirse a las definiciones que sobre la materia incluye el Código Civil, lo cual implica necesariamente confrontar la conducta investigada con la de un buen servidor público. En este sentido, manifestó el Alto Tribunal que:

La culpa, definida por el artículo 63 del Código Civil que siguiendo al derecho romano la asimila al dolo, es aquella 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. (Consejo de Estado, exp. 8.384, 1994)

Es decir, que para clarificar el elemento de culpa grave o dolo, tanto del funcionario como del intervector mismo, es absolutamente necesario examinar su conducta para determinar si esta ha sido descuidada, como la de un funcionario negligente. También se puede destacar que con la Ley 270 de 1996, se fijaron algunas hipótesis en las que se entendería presente un comportamiento culposo o doloso del agente estatal, es decir, unas causales de presunción de dolo y culpa grave, estas, específicamente predicables de los funcionarios de la Rama Judicial:

La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable; el pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos por la Ley; la negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer. (Ley 270, 1996)

Aunque puede no ser tan preciso el anterior catálogo de conductas, sí se trae a colación y se debe resaltar que a partir de lo anteriormente dicho, se puede predicar que la responsabilidad del funcionario público no ha sido de régimen objetivo, entonces menos tendrá que serlo la del interventor.

Con posterioridad, el legislador definió otras presunciones de culpa grave y dolo, en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001. Con esta preceptiva legal, la realización de las conductas allí descritas presumirá el dolo o la culpa grave, para efectos de la acción de repetición. Sobre las presunciones de dolo y culpa grave, la Corte Constitucional (2006), afirmó en su momento que la razón de ser de las presunciones de dolo y culpa grave establecidas por el legislador busca hacer efectiva pretensiones económicas por comportamientos atribuibles a los agentes estatales.

3.4. El nexo causal

El último de los tres elementos esenciales de la responsabilidad fiscal es la relación de causa a efecto entre el daño y la culpa.

Este nexo, cuya existencia es indispensable para que se pueda derivar responsabilidad fiscal implica en su formulación más simple que el daño fiscal debe ser consecuencia directa de la conducta culposa del gestor fiscal. Por tanto, “no existe dicho nexo, cuando en la producción del daño opera causa extraña, es decir, fuerza mayor, caso fortuito o el hecho de un tercero” (Sánchez, 2007, p. 93).

Para que haya nexo causal debe haber una relación causal entre la actividad del interventor y el daño ocasionado. Esto fue delimitado claramente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Cuando el Estado permite que personas particulares, públicas o privadas gestionen sus bienes, recursos e intereses, debe tener el consecuente derecho a exigir de ellas el resarcimiento de los daños patrimoniales que ocasionen con una gestión ineficiente o dolosa. Obviamente, deberá comprobarse el nexo causal entre la actuación de las personas físicas la integran (sic) y el daño causado. Esta responsabilidad, por supuesto, deberá probarse en el proceso fiscal y una vez probada, procederá la respectiva sanción administrativa y si es del caso el proceso de jurisdicción coactiva que haga efectiva la reparación correspondiente (...). Así, y a pesar de que las actuaciones son realizadas por personas físicas, éstas comprometen la responsabilidad de las personas jurídicas en tanto que estas últimas deben establecer los mecanismos pertinentes que garanticen la idoneidad de quienes las dirigen, administren o desempeñan funciones en su nombre, es decir, deben asumir las consecuencias de la culpa in eligiendo o de la culpa in vigilando, máxime si la actuación se ha realizado con miras al interés objetivo de la persona jurídica. Si esta posibilidad se ha aceptado en el campo del derecho penal con mayor razón y lógica, debe aceptarse en el campo del control fiscal. (Corte Constitucional, sentencia C-840, 2001)

3.5. Resultado de la imputación de Responsabilidad Fiscal Solidaria

La Ley 610 del 2000 en su artículo 48 define qué el funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal si:

- a) Se probó objetivamente el detrimento patrimonial del Estado;
- b) Obran por lo menos testimonios con serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación u otro medio probatorio de responsabilidad fiscal del implicado.

El auto por mandato del Art. 48 *ibídem* debe precisar: El presunto responsable. La entidad pública afectada. La compañía aseguradora, señalando número de póliza y valor asegurado. Las pruebas recaudadas y su valor y los elementos incriminatorios de la responsabilidad.

En cuanto a los fallos en materia de responsabilidad fiscal Parten de las siguientes consideraciones:

a) Fallo con responsabilidad fiscal. Preceptúa el art. 53 de la Ley 610 que se debe proferir fallo con responsabilidad fiscal en los siguientes eventos:

Cuando se haya identificado al presunto responsable fiscal, obre prueba de certeza del daño patrimonial, la ocurrencia de culpa leve del gestor fiscal, sea inequívoca la relación de causalidad entre la conducta y el daño, y se justifique plenamente la obligación de que el responsable pague una suma líquida de dinero por el daño.

b) Fallo sin responsabilidad fiscal (Ley 610, art. 54), por su parte se debe proferir fallo sin responsabilidad fiscal en los siguientes casos:

Cuando se hayan desvirtuado las imputaciones en los siguientes casos:

Si no se recaudó la prueba de la certeza de los elementos de la responsabilidad fiscal. En todo caso, la decisión deberá notificarse al interesado.

c) Mérito ejecutivo del fallo con responsabilidad, el art. 58 de la ley objeto de estudio advierte que en firme el fallo con responsabilidad, presta mérito ejecutivo contra el responsable fiscal y su garante. La ejecución se hará por la jurisdicción coactiva de la contraloría.

d) Control jurisdiccional del fallo de responsabilidad fiscal, sólo el fallo de responsabilidad fiscal, en firme, como acto definitivo del procedimiento administrativo de investigación fiscal, es susceptible del control de legalidad ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, (art. 59 ley 610) (Sotomayor, 2011).

La previsión de solidaridad entre el ordenador del gasto y las demás personas que concurran en un daño patrimonial al Estado, entre otros, los interventores de contratos estatales, no implica una atribución de responsabilidad fiscal con fundamento en un criterio objetivo de imputación, porque: 1. El marco legal vigente exige la existencia de dolo o culpa grave como fundamento de la atribución de responsabilidad de naturaleza fiscal. 2. En relación con los parámetros y fundamentos de los procesos fiscales, la Ley 1474 de 2011, señala que toda decisión debe tener como fundamento un grado de imputación subjetiva, que puede ser culpa grave o dolo del sujeto pasivo del proceso. 3. Una vez ha sido determinada la responsabilidad en materia fiscal, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados con base en el actuar doloso o gravemente culposos (C-338, 2014).

Para resarcir, reparar o recuperar los dineros perdidos como consecuencia de una gestión ineficaz, ineficiente, inoportuna o antieconómica, el Legislador consagró en el ordenamiento jurídico fiscal la institución de la solidaridad, que consiste en unir a los distintos responsables del daño causado al Estado, que pueden ser, de acuerdo con la norma, el ordenador del gasto, contratistas, supervisores, interventores, y demás personas que concurran a la consolidación del daño.

La Contraloría General de la República de conformidad con lo ordenado en el artículo 60 de la Ley 610 de agosto de 2000 y el artículo Segundo de la Resolución Orgánica número 5677 del

27 de junio de 2005, prepara y publica trimestralmente el Boletín de Responsables Fiscales, que contiene un listado con los nombres de las personas naturales o jurídicas, con su respectiva identificación cédula de ciudadanía o NIT, que han sido halladas responsables fiscales por la Contraloría General y las Contralorías departamentales, municipales y distritales.

Dentro de la revisión realizada se encontraron los casos más sonados de corrupción y que generaron investigación e imputación por responsabilidad fiscal, uno de ellos es el escándalo del Carrusel de la contratación, es un caso de corrupción política desarrollado en la ciudad de Bogotá y que se da durante la administración del ex alcalde Samuel Moreno Rojas en el año 2010. La polémica estalló el 25 de junio de 2010, cuando salieron a la luz pruebas que evidenciaban la negociación de multimillonarias comisiones por parte de Germán Olano, ex congresista de la República, al empresario Miguel Nule Velilla, cuya empresa, que llevaba su apellido, manejaba gran parte de los contratos de distintas obras públicas que se desarrollaban en la capital colombiana. La principal obra que se vio directamente afectada por dichas negociaciones irregulares fue la construcción de la tercera fase del sistema de transporte público TransMilenio, la cual presentó más de tres años de retraso.

En el tiempo inmediatamente posterior, distintas instituciones jurisdiccionales iniciaron investigaciones que se acrecentaron a tal punto que varios políticos, empresarios, dirigentes del Instituto de Desarrollo Urbano y hasta el mismo Alcalde de la ciudad se vieron involucrados. El Estado llegó a presentar un detrimento patrimonial cercano a 2,2 billones de pesos colombianos (unos 1.100 millones de dólares aproximadamente, a la tasa de 2011).

En agosto de 2012, la Contraloría realizó una Auditoria Especial a algunos proyectos de concesiones viales en los cuales las empresas del Grupo Nule eran contratistas y la firma

interventora. Los procesos de responsabilidad fiscal relacionados suman a la fecha presuntos detrimentos patrimoniales por la suma de \$211.419.574.511, y corresponden a actuaciones fiscales en su mayoría en el proyecto Rumichaca – Pasto – Chachagüi – Aeropuerto y el proyecto vial Bosa – Granada – Girardot, procesos que fueron declarados de impacto por la Contraloría, por cuanto la ecuación financiera y económica de los proyectos estaba en contra de los intereses del Estado.

Otro fallo de responsabilidad fiscal solidaria se dio por los mayores valores pagados en la ejecución del contrato de concesión Bogotá - Girardot, así como la omisión de los principios de la Función Administrativa. Por ello, el organismo declaró responsables fiscales por la suma de \$8.924 millones al ex gerente de Instituto Nacional de Concesiones, Álvaro José Soto García, al concesionario (Sociedad Concesión Autopista Bogotá Girardot S.A.) y a los miembros del consorcio interventor (Ingenieros Proyectos Consultorías IPC S.A.S, Enrique Dávila Lozano EDL S.A.S. y Diseños Interventorías y Servicios DIS S.A.S.).

Definitivamente resulta positiva la inclusión de la figura de la solidaridad en materia de responsabilidad fiscal, para efectos de otorgarle una nueva dinámica y celeridad al proceso, puesto que, lo que pretende la norma es facultar al órgano de control, dada la naturaleza resarcitoria del proceso y teniendo en cuenta las diferentes clases de sujetos y conductas que participan en la merma del patrimonio público, para que de manera mancomunada proceda a la imputación de los presuntos responsables de manera ágil y pronta, debiendo por su parte la defensa procurar por romper probatoriamente dicha solidaridad conforme a los hechos objeto de investigación y los medios de prueba legalmente allegados al plenario.

Finalmente, resulta perentorio acotar que: “las contralorías competentes en la motivación de las providencias, al momento de proferir fallos con responsabilidad solidaria, deben señalar y puntualizar los fundamentos fácticos, probatorios y jurídicos por los cuales deben responder los implicados” (Díaz, 2013, p. 34).

No obstante, la tesis que en general se sostiene es que el control de gestión y resultados no tiene los efectos que de él se esperaban, porque el diseño institucional dentro del cual actúan las contralorías, en especial la Contraloría General de la República, hace que la evaluación de la gestión y resultados de la administración pública no esté llamada a tener impacto alguno. A estos supuestos teóricos se agregan la ubicación del control fiscal dentro de los demás controles al ejercicio del poder político (difícilmente habrá algo más político que la asignación y el uso de los recursos públicos); la ubicación de las contralorías como pieza principal, mas no única, en el sistema de control fiscal, y, finalmente, su papel como parte del conjunto de instituciones presupuestales, es decir, aquellas a través de las cuales se expresa la economía pública. (Naranjo, 2007).

Bula (1998) cita los componentes de los beneficios de auditoría: los beneficios del control Interno de las entidades públicas. Argumentando que:

El control fiscal es ambivalente en el buen sentido del término: es extrínseco en la medida en que pretende lograr resultados deseados en forma eficiente –vale decir, gestión eficiente–, y desde el punto de vista intrínseco, el control fiscal implica crear las condiciones para que se den relaciones eficaces, y esto implica mejorar las estructuras organizacionales de las instituciones del Estado, vale decir, la organización efectiva. Ahora, esta organización efectiva implica que las contralorías tienen que ir más allá de los mecanismos sofisticados

para controlar desde afuera, porque ello de nada vale si las organizaciones sobre las cuales se está ejerciendo el control son ineficaces o poco efectivas. Por ello se considera que es necesario crear las condiciones para que las instituciones den lugar a sistemas con alta capacidad de autocontrol y que es función de los órganos de control el lograr mecanismos de control que contribuyan a que se den estos balances internos. (p. 89)

Nótese entonces que el soporte de la responsabilidad fiscal se ha venido estructurando desde antes de la Constitución Política de 1991 y la figura del interventor a partir de 1976, sin embargo, no se había establecido su imputación de responsable fiscal, sino hasta el año 2011, lo que configuraba uno de los focos de corrupción en la contratación estatal. Hoy en día el control a los contratos estatales ha avanzado, que cada vez los interventores conocen más sus funciones, el marco de responsabilidad y su regulación normativa, pero sin duda, no hemos llegado a una solidez jurídica, sigue faltando más mecanismos para seguir ejerciendo un verdadero control y vigilancia a los contratos estatales.

4. Conclusiones

La Constitución Política en su artículo 123, junto con la definición de servidor público y la determinación del marco en que ejercen sus funciones, se refiere también al régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas. Estos sujetos se encuadran en la hipótesis del artículo 90 constitucional, que configura la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que hayan sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo.

En Colombia, el particular que ejerza funciones de manejo o administración de recursos públicos en la ejecución del contrato estatal, se convierte en gestor fiscal, pero para que se predique la responsabilidad fiscal es necesario que la conducta del sujeto se derive de una actuación u omisión dolosa o gravemente culposa que haya ocasionado un daño al patrimonio del Estado.

En un seguimiento crítico de la evolución jurisprudencial se observa que, en la exposición de la teoría de la responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional entiende que la finalidad o propósito específico es la protección y garantía del patrimonio del Estado, buscar la reparación de los daños que haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos.

El desarrollo doctrinal ha superado los postulados jurisprudenciales al exponer que los servidores públicos y los particulares, cuando ejercen funciones públicas, están sujetos a la responsabilidad que emanan de la sujeción con el Estado y del ejercicio de las facultades otorgadas.

Del estudio realizado se puede concluir que sigue siendo incompleta la regulación de la responsabilidad derivada de la actividad de los interventores en Colombia. Lo anterior, por cuanto al evaluar el avance en el marco legal de los interventores, sigue faltando un régimen más sólido y estricto a la figura del interventor en Colombia, que desarrolle un verdadero control y vigilancia en los proyectos de infraestructura vial, que brinde transparencia en la actividad contractual y que garantice la efectividad en el cumplimiento de los fines del Estado.

Sin embargo, sobre la imputación de la responsabilidad fiscal solidaria del interventor debe tenerse en cuenta, en cada caso en particular, que las obligaciones del interventor son obligaciones de medio, que el interventor emite conceptos y no toma decisiones sobre la administración y el manejo de los recursos públicos y que las conductas en las que puede incurrir para que pueda ser objeto de responsabilidad fiscal, deben ser concretas, determinadas y tener relación entre la actividad del agente y el daño patrimonial.

Del problema de investigación planteado, se puede concluir que la responsabilidad del interventor nunca ha sido objetiva y que la solidaridad prevista en el terreno de la responsabilidad fiscal se muestra en consonancia con el desarrollo de un verdadero control y vigilancia en los proyectos de infraestructura, de tal modo que exista un ámbito de transparencia en la actividad contractual.

Por tanto, puede llegar a ser eficaz la imputación de responsabilidad fiscal solidaria a los interventores, si se reúnen los presupuestos del daño patrimonial, la conducta dolosa o gravemente culposa, el nexo causal y si se logra la reparación o el resarcimiento del daño, de lo contrario evidenciaríamos una gestión más de una entidad de control y un acto más de corrupción impune en nuestro país.

Resulta adecuado deducir que el régimen vigente aplicable sobre la responsabilidad de los Interventores de Contratos de Concesión Vial en Colombia, Ley 1474 de 2011 y la reciente Ley 1882 de 2018, contribuyen en dar avances a la normatividad, a crear los límites en la responsabilidad de los interventores y a garantizar el derecho a la igualdad. En cierta medida, no garantiza una sana interpretación y aplicación de la ley, ya que si bien se aclaró el criterio para determinar la responsabilidad, aún persiste la responsabilidad solidaria del interventor frente a

los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor (art. 84 Ley 1414 de 2011).

Es decir, por un lado se delimita la responsabilidad civil, fiscal, penal y disciplinaria respecto del contrato de interventoría como de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos, siempre y cuando dice la norma tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a éste le correspondan conforme con el contrato de interventoría, y por otro lado el parágrafo 3 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, menciona que el interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado, será solidariamente responsable con éste de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Por la responsabilidad fiscal solidaria que puede llegar a ser objeto el interventor por el hecho de existir daño patrimonial al Estado por hechos irregulares en el contrato, es necesario enfocar orientar y articular el fortalecimiento de las entidades para generar estabilidad y seguridad jurídica en el marco normativo vigente.

La propuesta frente a este tema de interés la enmarco en la implementación de un mecanismo de control alternativo, diferente a la oficina de control interno que por ley poseen las entidades públicas, en términos generales, se trataría de un cuerpo elite conformado por un grupo impar de asesores externos profesionales especializados en control a contratos estatales, que se reunirían estratégicamente cuando se evidencien anomalías y fallas graves financieras en los diferentes contratos públicos, resultado de la auditoría realizada por la oficina de control interno de cada entidad. Este grupo elegido por convocatoria pública, se encargaría de analizar el problema y de

acuerdo a la etapa en que se encuentra el contrato buscaría las posibles soluciones para contrarrestar de fondo la situación, deliberaría y tomaría una determinación para ser recomendada a la entidad, con el fin de minimizar el riesgo de desviación de los dineros públicos y garantizar el cumplimiento a cabalidad de los contratos estatales. Al implementarse este esquema de control alternativo a los recursos de un contrato, de manera adicional a los controles que se promueven en diferentes entidades, sería de carácter preventivo y se enfocaría en brindar asesoría y lograr el cumplimiento integral de los proyectos de infraestructura vial en el país.

En concordancia con la anterior propuesta, es pertinente contar con instrumentos más rígidos (leyes), que permitan garantizar que los responsables de los actos de corrupción reciban las condenas correspondientes y que de igual forma permitan recuperar los dineros desviados de manera fraudulenta, es decir impulsar a una transformación del esquema de la responsabilidad fiscal, que brinde un máximo nivel de eficiencia y eficacia en el control fiscal ejercido en Colombia, es decir eficacia frente al actuar de las entidades en cualquiera de sus mecanismos generados para alcanzar los resultados buscados (oficina de control interno, supervisión, interventoría) y la eficiencia en la utilización y mayor beneficio con los medios dispuestos para lograr el fortalecimiento propuesto por la entidad (procedimiento articulado).

Frente a la actividad de control y vigilancia la cual es responsabilidad de la entidad pública, considero que la entidad debe apoyarse implementando procedimientos, métodos o mecanismos, es decir, organizar una estrategia de control completa: 1. Una vez realizada la auditoria al contrato y de acuerdo a los hallazgos identificados clasificados según la calificación, de tratarse de problemas técnicos y financieros establecer alerta para seguimiento. 2. Al realizar en el periodo estimado el seguimiento, cumplimiento de recomendaciones y planes de mejora a los

procesos del contrato y de persistir u encontrar problemas más graves que atenten contra los recursos públicos involucrados, proceder a convocar al mecanismo de control alternativo propuesto.

3. Una vez presentado el caso al grupo asesor alternativo se activaría la estrategia de la entidad que conllevaría a prevenir un hallazgo fiscal, un incumplimiento contractual, y sería un caso menos de corrupción en la ejecución de contratos públicos.

La entidad obtendría un resultado de transparencia en la gestión y control contractual, ya que reforzaría la labor efectuada por la supervisión y la interventoría de cada contrato, sin embargo, se trata de una gestión netamente interna para las entidades estatales específicamente en el control de los recursos y seguimiento de los contratos.

5. Referencias

- Amaya Olaya, Uriel. (2002). *Teoría de la Responsabilidad Fiscal*. Primera Edición, Bogotá, Colombia.
- Arias Serrano, Rafael (2009). *La interventoría de los contratos de concesión vial en Colombia*, (Tesis de maestría). Universidad Pontificia Bolivariana, Facultad de Ingeniería Civil, Medellín, Colombia.
- Atehortúa Ríos, Carlos Alberto (1995). *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación estatal*. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- Ayala Caldas, Jorge Enrique (2005). *La Responsabilidad de los Servidores Públicos*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Beltrán Pardo, Luis C. (1993). *Control Interno y Control Fiscal en los Organismos del Estado*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Betancur Aguilar, Jorge Hernán (2007). *El Control Fiscal en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Luz.
- Bula Escobar Germán. La construcción de un nuevo discurso del control. Reflexiones sobre los elementos del proceso de cambio y fortalecimiento institucional 1995-1998. Contraloría General de la República, primera edición, Bogotá, 1998.
- Caballero Segura, Iván Alberto (2002) *Interventoría de Construcción en Proyectos de Concesión de Infraestructura Vial en Colombia* (Tesis de grado). Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

- Calderón Medina, Oscar (2014). *El derecho real en las concesiones de obra pública*, (Tesis de maestría). Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, Colombia.
- Colombia Compra Eficiente (2017) Guía para el ejercicio de las funciones de Supervisión e Interventoría de los contratos del Estado, Bogotá, Colombia.
- Corredor, E. A. (2009). *Control fiscal en Colombia: apuntes de acción y reflexión*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica.
- Cortés Vergara, Rosa (2013). *Aplicación del control fiscal en Colombia para las empresas públicas y privadas que administran recursos del Estado*, (Tesis de grado). Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Colombia.
- Díaz Barrera, Pablo César (2013). *Gestión del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Preguntas y Respuestas*. Bogotá, Colombia: Auditoría General de la República.
- Díez, Manuel María (1965). *Derecho Administrativo. Tomo II.* , Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.
- Dromi, R. (1997). *Derecho Administrativo*. Sexta Edición, Buenos Aires, Argentina: Ed. Ciudad.
- Gómez Lee, Iván Darío (2006) *Control Fiscal y Seguridad Jurídica Gubernamental*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Sierra, Francisco (2012). *Control Fiscal y el Proceso de Responsabilidad Fiscal*. Bogotá, Colombia: Ed. Leyer.
- Jiménez, Daniel. (2003). *Responsabilidad objetiva*. Bogotá, Colombia: Superintendencia Bancaria.

- Jiménez Moriones, M. (2010) Interventoría de proyectos públicos, en Seminario internacional de Interventoría y seguimiento de proyectos públicos, memorias, Manuel F. Jimenez (Editor), Universidad Nacional de Colombia: Bogotá.
- Klug, Jorge. (2008). *Jurisprudencia administrativa*. Buenos Aires, Argentina: Talleres nacionales de H. Kraus.
- López Medina, D. (2006). El derecho de los jueces, obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- López Obregón, Clara (2006). Control Fiscal Territorial. Fundamento de Reforma, Editorial Universidad del Rosario: Bogotá.
- López Ramón, Fernando (1989). Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas, en Revista Real-1989 Número 243.
- Mosquera de Falla, Mireya (1981). *La Auditoria Gubernamental*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional.
- Naranjo Galves, Rodrigo (2007). Eficacia del Control Fiscal en Colombia, Derecho comparado, historia, macroorganizaciones e instituciones. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.
- Ossa Arbeláez, Jaime. (2000). *Derecho Administrativo Sancionador*. Primera edición, Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Palacio Hincapié, Juan Angel. (2004). Los riesgos en la contratación estatal, en *Reflexiones de Derecho Administrativo para un Estado Social de Derecho*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.+

- Papayannis, D. (2010) Sobre los límites de la responsabilidad objetiva Recuperado de <https://www.udg.edu/Portals/123/curriculums/2002279/Sobre%20los%20l%C3%ADmites%20de%20la%20responsabilidad%20objetiva.pdf>
- Penagos, Gustavo (1979). *Curso de Control Fiscal*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Peñaranda, Lyda Rocio y Gualdrón, Jorge Alveiro (2009). *Análisis de las modificaciones de la Ley 80 en la Contratación Estatal, Gerencia e Interventoría de Obras Civiles* (Tesis de grado). Pontificia Universidad Bolivariana, Bucaramanga, Colombia.
- Pérez Escobar, J. (2004). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Pinilla Pinilla, Nilson. (1989). Fundamentos de Derecho Administrativo Sancionatorio, en *Revista del Banco de la República*, Bogotá, Julio de 1989.
- Polanco, Ovidio Carlos (1999). *Control Fiscal un Instrumento para el Cambio*. Bogotá, Colombia: Litoperla impresores Ltda.
- Quinche Ramírez, Manuel Fernando. (2016). *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Rico Puerta, Luis Alfonso. *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Bogotá. Leyer. 2007.
- Restrepo Medina, Manuel Alberto (2001). Responsabilidad Fiscal, en *Revista Estudios Socio Jurídicos*. Bogotá, Volumen 3, número 2, pp 75-95.
- Rodríguez Rodríguez, Gustavo Humberto. (1994). *Nuevos Contratos Estatales: Comentarios a la Ley 80 de 1993 con doctrinas y jurisprudencias*. Bogotá, Colombia: Ed. Jurídicas Wilches.

- Rodríguez R., Libardo (1996). *Derecho Administrativo General y colombiano*. 9ª ed., Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Sánchez Torres, Carlos Ariel (2007). Aspectos Sustanciales de la Responsabilidad Fiscal en Colombia. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2008) Contratación indebida. Proscripción a la violación y desconocimiento de los principios generales de la contratación estatal. Corrupción y delito en la contratación estatal, en *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León.
- Sepúlveda Figueroa, Blanca (2014) *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012* (Tesis de grado) Tunja, Universidad Nacional de Colombia.
- Sotomayor Uribe, Oscar Augusto (2011) Gestión fiscal de los funcionarios públicos y particulares que participan en contratación estatal como elemento estructural de responsabilidad fiscal (Tesis de maestría). Universidad libre, Bogotá, Colombia.
- Vega de Herrera, M. (2005). Aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la contratación pública de España y de Colombia, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, VIII (16), 67-78.
- Vergara Aguilera, Laura María (2016). *El papel de las Asociaciones Público Privadas – APP dentro de los contratos de concesión de obra*, (Tesis de especialización). Universidad Santo Tomás de Aquino, Bogotá, Colombia.
- Yong Serrano, Samuel. (2013). *El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.

Younes Moreno, Diego (2002). *Régimen del Control Fiscal y del Control Interno*. 4 ed., Bogotá, Colombia: Ed. Legis.

_____. (2006). *Derecho del Control Fiscal*. Bogotá D.C.: Club de Abogados Ediciones.

NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) 2da Ed. Legis.

Colombia. Congreso de la República. (2016). Proyecto de Ley No. 84 de 2016, Senado, Gaceta del Congreso No. 605 de 2016.

Colombia. Congreso de Colombia. (15 de enero de 2018) Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en materia de infraestructura. [Ley 1882 de 2018].

_____. (10 de enero de 2012) Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas. [Ley 1508 de 2012].

_____. (18 de enero de 2011) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [Ley 1437 de 2011].

_____. (12 de Julio de 2011) Estatuto Anticorrupción. [Ley 1474 de 2011].

_____. (16 de julio de 2007) Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993. [Ley 1150 de 2007].

_____. (9 de octubre) Código de Ética de la Ingeniería. [Ley 842 de 2003].

_____. (8 de febrero de 1994) Ley General de Educación. [Ley 115 de 1994].

_____. (30 de Diciembre de 1993) Ley sobre disposiciones básicas sobre el transporte. [Ley 105 de 1993].

_____. (28 de octubre de 1993) Ley de Contratación Pública. [Ley 80 de 1993].

Colombia. Colombia. Presidencia de la República. (27 de enero). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas [Decreto 150 de 1976].

Colombia. Presidencia de la República. (2 de febrero). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas [Decreto 222 de 1983].

Colombia. Presidencia de la República. (2 de febrero). Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas [Decreto 222 de 1983].

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia c-338/2014. M. P. Alberto R. Ríos. Recuperado: <https://www.alcaldiaguaduas.gov.co/SFCant/Normativa/.../3222014.doc>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037/2003. M. P. Alvaro T. Galvis. Recuperado: <https://www.alcaldiaguaduas.gov.co/SFCant/Normativa/.../3722003.doc>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-131/2003. M. P. Manuel J. Cepeda. Recuperado: <https://www.alcaldiaguaduas.gov.co/SFCant/Normativa/.../3122003.doc>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-619/2002. M. P. Jaime C. Triviño. Recuperado: <https://www.alcaldiaguaduas.gov.co/SFCant/Normativa/.../4222002.doc>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-840/2001. M. P. Jaime A. Rentería. Recuperado: <https://www.alcaldiaguaduas.gov.co/SFCant/Normativa/.../6222001.doc>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-286/1996. M. P. José G. Hernández. Recuperado: <https://www.alcaldiaguaduas.gov.co/SFCant/Normativa/.../8221996.doc>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-620/1996. M. P. Antonio B. Carbonell. Recuperado: <https://www.alcaldiaguaduas.gov.co/SFCant/Nrmativa/.../8221996.doc>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-046/1994. M. P. Antonio B. Carbonell. Recuperado: <https://www.alcaldiaguaduas.gov.co/SFCant/Nrmativa/.../6521994.doc>

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado. Sección Primera, Sala Plena Contenciosa Administrativa, Sentencia N° 25000-23-41-000-2013-02564-01 de 15 de septiembre de 2016, M.P. María Elizabeth García González.

Consejo de Estado, Sección Primera de 30 de mayo de 2013. Radicación 63001-23-31-000-2004-00313-01, M.P. María Elizabeth García González

Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Exp. 88001-23-31-000-2005-00028-01 (1980-06). Sentencia del 14 de agosto de 2008. M.P. Alfonso Vargas Rincón.

Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 7440. Sentencia de 7 de febrero de 2008. M.P.

Camilo Arciniegas Andrade.

Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 3 de octubre de 2007, Exp. 1995-08354

(24844), M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia de 26 de abril de 2006, expediente 16041. M.P.

Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. M.P. Germán

Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sección Primera. Concepto 1852 del 15 de noviembre de 2007, M.P.

Gustavo Aponte Santos.

Consejo de Estado, Sección Primera, de 26 de agosto de 2004. Radicación 05001-23-31-000-

1997-2093-01, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Consejo de Estado. Sala de consulta y Servicio Civil. Concepto de julio 29 de 1996, M.P.

Roberto Suárez Franco.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 25 de julio 1994, exp. 8.384, M.P. Carlos

Betancur Jaramillo.

WEBGRAFÍA

Brigard & Urrutia (2018). Expedición de la Ley 1882 de 2018. Recuperado de

<https://bu.com.co/es/noticiasypublicaciones/401>

Pérez Buitrago, Santiago (2018). Comentarios de la Cámara Colombiana de Infraestructura a la

Ley 1882 de 2018. Recuperado de

<http://www.infraestructura.org.co/descargas/LEYDEINFRAESTRUCTURA.pdf>.