

## ¿Son responsables fiscales los concesionarios? Estudio de caso, concesionario de repavimentación pista sur de El Dorado<sup>1</sup>

*Are dealers tax liable? Case study, El Dorado southern runway resurfacing concessionaire*

Fernan Rolando Figueredo Blanco<sup>2</sup>

### Resumen

El patrimonio del Estado está jurídicamente protegido bajo la potestad constitucional del control fiscal, que garantiza su defensa y protección y que, con ocasión del daño por causa de una conducta, a través de la responsabilidad fiscal procura su resarcimiento. Este patrimonio público está conformado por todos los recursos, intereses y bienes propios del Estado, destinados al interés general, así como por los bienes y servicios que se le deben prestar a todas las personas como sujetos de derechos, y cuya misión es la materialización de los fines esenciales del Estado.

Así mismo, se integran al patrimonio estatal, los bienes públicos que se identifican por ser imprescriptibles, inalienables e inembargables; características que no impiden que el Estado los utilice con fines públicos o privados mediante concesión. La concesión implica, prestar un servicio público, de obra o bien, destinados al servicio o uso público. Bajo este contexto, el concesionario puede desplegar funciones de gestor fiscal o realizar actividades conexas con esta. Sin embargo, su participación, incidencia o contribución en las actividades contractuales no le otorga de manera ineludible tal connotación y no siempre lo hace sujeto pasivo de la acción fiscal.

Este artículo tiene como objetivo presentar un análisis a partir de un caso práctico de las variables que debe analizar el operador fiscal al momento de delimitar el “Control Fiscal”, y la “Gestión Fiscal” para determinar la “Responsabilidad Fiscal” de los concesionarios, conceptualizando sobre el control fiscal y la gestión fiscal, definiendo el daño patrimonial al Estado con base en el análisis de la integralidad de los elementos que conllevan la responsabilidad fiscal y su configuración dentro de los contratos de concesión. El método de investigación y el eje de análisis y estudio partirán en demostrar la valoración de las funciones

---

<sup>1</sup> Artículo producto del proyecto de investigación titulado “¿Son responsables fiscales los concesionarios? Estudio de caso, concesionario de repavimentación pista sur de El Dorado” de la Maestría Contratación Estatal de la Universidad de Medellín.

<sup>2</sup> Abogado Universidad Católica de Colombia, Especialista en Contratación Estatal, Derecho Comercial y Financiero, candidato a Magister en la Maestría en Contratación Estatal, Universidad de Medellín. Correo electrónico [figueredofernan@gmail.com](mailto:figueredofernan@gmail.com)

constitucionales y legales sobre el control y la responsabilidad fiscal en el contrato de concesión, desde la perspectiva de la casuística. Como resultado del presente estudio de caso es que los concesionarios tienen la posibilidad de estar inmersos en una investigación de responsabilidad fiscal e igualmente de manera transversal la aplicación de los mecanismos alternativos de conflictos cuyo resultado incide de manera determinante el proceso de responsabilidad fiscal. Se concluye entonces que los concesionarios pueden ser vinculados como presuntos responsables fiscales por actos significantes que afectaron la gestión fiscal, ocasionando daño patrimonial del Estado.

**Palabras clave:** gestión fiscal, control fiscal, con ocasión de esta, contribuya, conexidad próxima y necesaria.

### **Abstract**

The State's patrimony is legally protected under the constitutional power of fiscal control, which guarantees its defense and protection and which, on the occasion of damage due to conduct, through fiscal responsibility seeks its compensation. This public patrimony is made up of the assets, resources and patrimonial interests of the State, destined for the general interest, as well as the goods and services that must be provided to all people as subjects of rights, in compliance with the essential fines of the State.

Likewise, the state patrimony is integrated, the goods for public use that are characterized by being imprescriptible, inalienable and unseizable; characteristics that do not prevent the State from using them with public or private fines through concession. The concession implies providing a public service, work or good, intended for public service or use. Under this context, the concessionaire can deploy fiscal manager functions or carry out activities related to them. However, his participation, incidence or contribution in contractual activities does not inevitably give him such a connotation and does not always make him a passive subject of tax action.

The purpose of this article is to present an analysis based on a practical case of the variables that the fiscal operator must analyze when establishing that a concessionaire is a fiscal manager and, therefore, linked to the fiscal responsibility process.

**Key words:** Fiscal management, fiscal control, painful or seriously guilty conduct, patrimonial damage to the State, concessionaires, on the occasion of this, contribute, connection next and necessary.

## Introducción

El presente artículo se desarrolla a partir de un proceso de responsabilidad fiscal adelantado por el contrato de concesión de la repavimentación pista sur del Aeropuerto el Dorado. Esta actuación procesal llama la atención porque se vinculó a una persona que se rige por el derecho privado sin contarse en principio con criterios claros para establecer si las conductas investigadas constituyen o no gestión fiscal. Por lo tanto, este estudio expone las evidencias que conllevan, a pesar de la falta de certeza tanto doctrinal como teórica, a determinar que los presupuestos de la responsabilidad fiscal pueden recaer en una persona jurídica de derecho privado, en especial en cuanto a la gestión fiscal.

En este artículo se identifica el caso en estudio y se parte de unos aspectos generales sobre el “control fiscal”, y la “gestión fiscal” para después establecer la “responsabilidad fiscal” de los concesionarios bajo criterios que aporten validez a su aplicación.

El caso práctico se desprende de una actuación fiscal que se tramitó en el año 2017 en la Contraloría Delegada Intersectoral 3 de la Contraloría General de la República contra la persona jurídica de derecho privado, la Compañía de Desarrollo Aeropuerto el Dorado S.A. CODAD. S.A. como contratista y otros, por irregularidades surgidas del contrato de concesión n.º 0110-OP del 18 de julio de 1995 para la construcción de la segunda pista del Aeropuerto El Dorado y otras obras, como el suministro, la instalación y prueba de equipos. El objeto pactado comprendía tanto el mantenimiento de la segunda pista y obras complementarias como de la pista existente y adecuaciones y el costo de todas estas actividades se pactó en la suma de dieciséis mil ciento cuarenta y dos millones cuatrocientos treinta y tres mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos (\$ 16.142.433.457); (PRF: 2017-01052 UCC-PRF 032A-2017 SIREF CUN: 227479).

A partir de esta exposición, se definen los casos en que procede la vinculación como presunto responsable al concesionario y, se concluye que, los concesionarios pueden ser sujetos pasivos del actuar procesal de la Contraloría General de la República, por la existencia de lo que la jurisprudencia ha denominado, conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal<sup>3</sup>, previo el análisis de la naturaleza de los recursos y cómo es su manejo; pues la Contraloría no puede desconocer, invocando la protección al patrimonio público como su función constitucional primordial referente al control fiscal, frente a la autonomía de la voluntad, en la que todo convenio conlleva una contraprestación y utilidad para quien lo

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional. (9 de agosto de 2001). Sentencia C-840 de 2001 Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

ejecuta, dentro de las estipulaciones contractuales y las condiciones especiales pactadas en los contratos de concesión.

Este estudio plantea además, la necesidad de que los órganos de control admitan que, a través de otros mecanismos, diferentes a los de sus funciones y competencia, como los alternativos de solución de conflictos, las acciones jurisdiccionales u otras entidades pueden recuperar los recursos públicos en discusión, bien sea a través de la facultad asignada a la entidad de fiscalización para actuar dentro de tales actuaciones o aplicando el principio de colaboración armónica con las entidades afectadas, sin que ello implique que se desconoce la protección al patrimonio público ni el cumplimiento de los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución Nacional.

Para el desarrollo de este trabajo se utilizó la metodología cuantitativa, recopilando datos del número de procesos de responsabilidad fiscal en donde fueron vinculados como presuntos responsables los concesionarios y las decisiones proferidas<sup>4</sup>, identificando que no es común que fallen con responsabilidad fiscal a los concesionarios; de conformidad a la respuesta No. 2021EE0206439 del 29 de noviembre de 2021<sup>5</sup>, la Contraloría General de la República dentro del Sistema de Información de Responsabilidad Fiscal (SIREF) registra un fallo con responsabilidad fiscal proferido el 10 de agosto de 2017, antes de la expedición del Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Contraloría General de la República 29 de noviembre de 2021 Oficio n.º 2021EE0206439

<sup>5</sup> Se enviaron varias solicitudes, y se obtuvieron varias respuestas:

2021EE0206439 - Respuesta solicitud información y copia PRF-2017-01052\_UCC-PRF-032- 2017 (A).

Radicado 2021ER0168966 del 25-11-2021

2022EE0067302 - Respuesta solicitud copia PRF-2014-02038\_UCC-PRF-038-2012. Radicado 2022ER0059239 del 20-04-2022.

2022EE0080778 - Respuesta solicitud copia PRF-2014-02038\_UCC-PRF-038-2012. Radicado 2022ER0070009 del 06-05-2022.

<sup>6</sup> Decreto Ley 403. Marzo 16 de 2020. Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal. DO. Año CLVI N.51258. Es importante aludir a los pronunciamientos de la Corte Constitucional frente al estudio de la constitucionalidad de la citada norma: Con Sentencia C-090 de 2022, mediante la cual se declararon inexecutable los artículos 124 a 148 del “Título XIII. Fortalecimiento Del Proceso de Responsabilidad Fiscal”, del Decreto Ley 403 de 2020. Con Sentencia C-113-22, declaró inexecutable los artículos 106 a 123 del “TÍTULO XII. Jurisdicción Coactiva”, del Decreto Ley 403 de 2020, excepto el artículo 108 que se declaró executable por el cargo analizado en esta providencia. Con Sentencia C-237 de 2022, declaró inexecutable los artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51 y 52 del Decreto Ley 403 de 2020, por exceso de las facultades extraordinarias otorgadas en el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución; operando la reviviscencia de los artículos 9 a 18 y 21 de la Ley 42 de 1993, los cuales habían sido derogados por el artículo 166 del Decreto 403 de 2020. Con Sentencia C-209 de 2023, declaró la inexecutable de los artículos 78, 79, 80, 81, 82, 85, 86, 87 y 88 del Decreto Ley 403 de 2020 y declaró la executable condicionada, por el cargo analizado, de los artículos 83 y 84 del Decreto Ley 403 de 2020, en el entendido de que la sanción de suspensión únicamente podrá aplicarse por la Contraloría General de la República, y no por la Auditoría General de la República, con excepción de los numerales primeros de tales artículos, que se declaran inexecutable, disponiendo la reviviscencia de los artículos 99 a 104 de la Ley 42 de 1993 y del segundo parágrafo del artículo 114 de la Ley 1474 de 2011.

Luego se aplicó el método cualitativo para seleccionar el proceso objeto de estudio, ordenando y clasificando los datos aportados en el proceso seleccionado para estudio, comparándolo frente a la jurisprudencia, doctrina y conceptos sobre la materia, lo que permitió evaluar y comprender los diferentes aspectos del problema planteado, para obtener definiciones concretas y contextualizar la responsabilidad fiscal de los concesionarios.

Con el rastreo documental y hermenéutico, se determinaron las perspectivas legales, de doctrina y jurisprudencia en Colombia sobre la responsabilidad fiscal de los contratistas en consonancia con la calificación de la “gestión fiscal” y “control fiscal”, acudiendo a la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional para los sujetos de derecho privado, aplicada al caso que se expone respecto a los concesionarios.

Se analizaron la Sentencia 25000234100020190024301 de marzo de 2023 del Consejo de Estado<sup>7</sup>, que incorporó los pronunciamientos que ha realizado este Tribunal en relación con la gestión fiscal de los contratistas y la Sentencia C-438 proferida el 30 de noviembre de 2022 por la Sala Plena de la Corte Constitucional, que presentan dos posturas significativas respecto al alcance de la responsabilidad fiscal de los particulares, buscando establecer que no todos los particulares son sujetos de responsabilidad fiscal y del otro, la importancia del análisis del operador jurídico fiscal para establecer qué particulares pueden ser investigados y juzgados en el proceso fiscal.

La ruta por desarrollar será: primero se expondrán las conceptualizaciones y las definiciones de los elementos que construyen, dado el caso en estudio, la responsabilidad fiscal de los concesionarios a partir de la gestión fiscal, el daño patrimonial y sus clases, de lo cual, posteriormente, se analizarán las circunstancias que conllevan a una investigación dentro de un proceso de responsabilidad fiscal en el caso de los concesionarios y responder a la pregunta ¿Son responsables fiscales los concesionarios?

## **1. Contexto de la responsabilidad fiscal**

El constituyente primario les entregó a los órganos de control fiscal la función pública de vigilancia y control de los recursos estatales. Así que, acorde al inciso 1 del artículo 267 de la Constitución Nacional, el control fiscal es una función pública ejercida por la Contraloría General de la República, para la protección del patrimonio público en cabeza de quien ejerce

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, (09 de marzo de 2023) Núm. único de radicación: 25000234100020190024301 Consejero Ponente: Hernando Sánchez Sánchez.

la gestión fiscal de la administración o particulares o entidades de derecho privado que manejen fondos o bienes de la nación.

Adicionalmente, como garantía en la protección del patrimonio público, el control fiscal puede ser ejercido de manera concomitante y preventiva, mediante el cual se lleva el seguimiento permanente a los recursos públicos, usando las TIC, la participación del control social y la articulación con los sistemas de control interno.

Así mismo, La Constitución Nacional, otorga al Contralor General de la República, el establecimiento de la responsabilidad fiscal de quienes ejercer gestión fiscal (Constitución, art.268 No.5), que se investiga en un proceso administrativo de naturaleza patrimonial y busca el resarcimiento patrimonial producto de un daño generado por una gestión ineficaz, ineficiente y antieconómica, como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal; trámite que es autónomo e independiente de cualquier otra clase de responsabilidad (Congreso de la República, Ley 610 de 2000, art. 4).

La jurisprudencia constitucional se ha referido al proceso de responsabilidad fiscal, como la aplicación de un control derivado emanado del ejercicio del control fiscal (Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 2015). Desde luego que el proceso de responsabilidad fiscal tiene como antecedente el examen de denuncias ciudadanas, la acción de las veedurías ciudadanas, las actuaciones de vigilancia y control fiscal, las cuales comprenden: la auditoría, las actuaciones especiales, el trámite de denuncias, el control fiscal posterior excepcional.

Por ende, es sujeto de responsabilidad fiscal el servidor público que ejerce funciones públicas en cuanto ordenar, controlar, direccionar y coordinar los recursos públicos, desde el momento de su programación hasta el cumplimiento efectivo del fin pactado. A su vez, frente a los particulares que hayan causado daño a los intereses patrimoniales del Estado que pueden estar vinculados en un proceso de responsabilidad fiscal.

Amaya (2013), indica que los particulares ejercen gestión fiscal, cuando son legalmente designados o por estipulación contractual, lo cual les otorga capacidad jurídica a efectos de ejercer función pública con el objeto de administrar recursos públicos y dentro de su gestión causen daño al patrimonio público (p. 132). La discusión jurídica frente al particular sujeto de responsabilidad fiscal es la modalidad contractual que suscribe para que sea o no gestor fiscal, lo cual debe ser analizado minuciosamente por el operador fiscal.

Así las cosas, la responsabilidad fiscal no es exclusiva de los servidores públicos y si nos enfocamos en la casuística se podrá encontrar no solo esta responsabilidad sobre el que

realiza gestión sobre los recursos públicos, también por la intervención con ocasión a esta de particulares, previamente identificada la causa del daño patrimonial por una conducta a título de culpa grave o dolo, de conformidad a la estructura de la responsabilidad fiscal graficada en la figura 1.

**Figura 1**



El caso que se expone a continuación tiene como entidad estatal afectada a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) iniciado por la Contraloría contra el presidente y vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI para la época de los hechos; la Compañía de Desarrollo Aeropuerto el Dorado S.A.S - CODAD S.A.S identificada con NIT 830.005.308-7 como contratista y la Compañía de Seguros QBE Seguros S.A. como garante que amparó la gestión de los funcionarios públicos, por un daño patrimonial al Estado en cuantía de dieciséis mil ciento cuarenta y dos millones cuatrocientos treinta y tres mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos (\$ 16.142.433.457)

Hasta aquí no habría discusión alguna sobre la vinculación del contratista, si se tiene en cuenta la posición jurídica institucional de la Contraloría General de la República que es consonante con los artículos 1°, 3° y 5° de la Ley 610 de 2000, pues su actuar se encontró dentro del rango de acción de la gestión fiscal, ya que a la Compañía de Desarrollo Aeropuerto el Dorado S.A.S. - CODAD S.A.S le fue probado incumplimiento desde el año 2012 de conformidad a las obligaciones estipuladas dentro del Contrato de Concesión No 0110-OP-1995 al no aplicar las especificaciones técnicas contratadas, generando que la

pavimentación de la pista necesitara más mantenimientos ocasionando traumatismos que generaron daño patrimonial al Estado.

De manera pues, tales acciones inciden en el incumplimiento de los fines esenciales del Estado, imputables a una conducta a título de dolo o culpa grave<sup>8</sup>. Esto es, en caso de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal, un concesionario dadas sus actuaciones próximas y necesarias con esta contribuya al detrimento del patrimonio del Estado, sería sujeto de responsabilidad fiscal.

### **1.1. Daño patrimonial al Estado**

Los elementos básicos del Estado son: una población, un territorio, un gobierno y un orden jurídico. “El Estado, como persona moral de derecho público, posee atributos, uno de los cuales es el patrimonio” (Gómez, 2016, p. 235) que, “desde una perspectiva amplia, es el conjunto de bienes, que, llevado al ámbito de las funciones de la Contraloría General de la República (CGR), esta busca que esos bienes tengan un buen uso” (Álvarez, 2021, p. 100 a 107x).

Bienes que constituyen una universalidad jurídica y sobre los cuales recaen derechos y obligaciones, cuyo objetivo es el cumplimiento de sus fines consignados en la Constitución Política. De hecho, Gómez (2016), señala: “Otro elemento que hace parte del núcleo de la RF es el concepto de patrimonio público, con el carácter de disperso o difuso por la falta de un tratamiento actual e integral en la legislación” (p. 235).

Para Carrillo (2006),

El Patrimonio Público es un concepto de derecho público, de amplio espectro, que supera en su contenido al de Patrimonio Estatal. La definición en cuanto a la unidad o la pluralidad de uno y otro, y su titularidad contribuyen a facilitar su contenido particular y el ejercicio de las facultades y de las acciones que las autoridades públicas deben practicar para preservar su integridad.

El concepto atañe a la ciencia de la administración pública y es fundamental en el campo del derecho público administrativo. De una parte constituye objeto de gestión y por la otra, objeto de preservación para evitar atentados contra el mismo, remediar situaciones creadas, o intervenir judicialmente para su restauración o recomposición. (p. 23)

---

<sup>8</sup> CGR-OJ- 156 del 18 de octubre de 2018 Radicado 2018EE0126482.



La amplia concepción del patrimonio público comprende un significativo conjunto de bienes corporales, muebles fungibles y no fungibles, inmuebles como bienes fiscales y bienes de uso público e incorporeales, derechos reales o personales, entre otros, razón por la cual, en cada caso concreto, se debe partir de identificar en primer lugar si es patrimonio estatal.

Por tal motivo, definir la calidad del bien en investigación, es una de las primeras operaciones en el proceso de responsabilidad fiscal. Al respecto, Carrillo (2006), sostiene que:

*“La Ley 610 de 2000, aplicable restrictivamente al campo de la responsabilidad fiscal, asimila el patrimonio público al conjunto de los bienes, recursos e intereses patrimoniales del Estado. Se indica que esta noción de patrimonio público es estrecha y que no corresponde al nuevo espíritu constitucional.”* (p. 27)

En efecto, para proteger el patrimonio estatal, la Ley 610 de 2000 ha definido una serie de acciones que constituyen afectación y; por ende, objeto de actuación fiscal. Este elemento se define como:

La lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado<sup>9</sup>, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de 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<sup>10</sup> al detrimento al patrimonio público<sup>11</sup>. Congreso de la República, Ley 610 de 2000)

En cuanto a la estimación del daño, la Corte Constitucional, nos direcciona indicando respecto a reglas generales aplicables, que entre otras variables que se valoran, debe existir un *“daño cierto, anormal y cuantificable, calculado en su real magnitud”*<sup>12</sup>. Esto significa que

---

<sup>9</sup> Aparte subrayado “o a los intereses patrimoniales del Estado” del inciso primero, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340 de 2007.

<sup>10</sup> Aparte subrayado “contribuyan” del inciso segundo, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840 de 2001 de 9 de agosto de 2001. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería, “bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal”.

<sup>11</sup> Apartes tachados “uso indebido” e “inequitativa” del inciso primero, declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340-07.

<sup>12</sup> Corte Constitucional (13 de noviembre de 1996) MP. Antonio Barrera Carbonell.

además de la determinación del daño, se debe verificar como un efecto causal, y no obstante, dada la mala gestión fiscal, la existencia o no de un beneficio por parte de la administración.

El daño que investigó el órgano de control, se dio por un incumplimiento de los requerimientos técnicos de mantenimiento pactados, de acuerdo a los informes de interventoría y, que a pesar de esto, se le reconocieron al concesionario las repavimentaciones y la Tasa Interna de Retorno TIR (tasa interna de retorno) (Sevilla, 2020), establecida en su propuesta financiera del año 1995, situación, que se cuantificó en un valor de US\$3.8 millones de dólares, siendo el equivalente en pesos colombianos a la suma de \$16.142.433.457 a la tasa de septiembre de 2016.

El concesionario contratista CODAD no estuvo de acuerdo con la argumentación del órgano de control pues consideró que no había un daño patrimonial, al ejecutarse la repavimentación de la pista sur programada en el año 2012, por un valor muy superior al que se estimó en su propuesta, pista que desde entonces y hasta la fecha, incluso dos años después de haberse terminado el contrato de concesión, continúa siendo utilizada por la multiplicidad de aeronaves que transitan el aeropuerto El Dorado, sin que haya sido necesario realizarle otra repavimentación adicional, precisamente porque dicha repavimentación de 2012 cumplió con las especificaciones técnicas exigibles, en beneficio tanto del Estado, quien es el encargado de asegurar la prestación de los servicios aeroportuarios requeridos en el país, como de la ciudadanía en general, que es usuaria de los mismos.

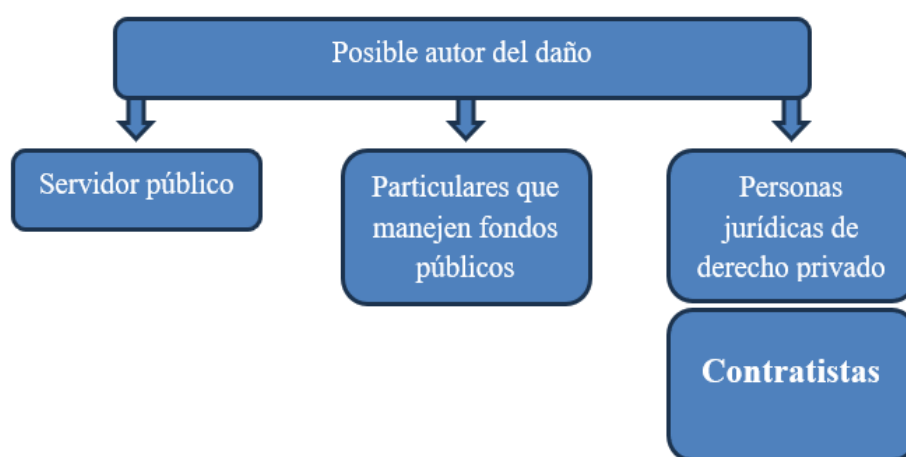
Refutó la cuantificación del daño realizado por la Contraloría, teniendo en cuenta las dimensiones de la pista repavimentada, la cual tiene una dimensión de 629.978 m<sup>2</sup>, y cuestionó las fotografías de unos pocos sitios, sin localización ni dimensión, manifestando que no pueden extrapolarse para indicar que el estado de tales sitios, comprendía toda el área de la pista, de modo que las señaladas fotografías no servían de prueba para afirmar que CODAD no pavimentó adecuadamente en 2012 toda el área de la pista sur. CODAD, no estuvo de acuerdo con los informes presentados por la firma interventora del contrato de concesión, a quien le cuestionó su imparcialidad e independencia, pues de conformidad con lo pactado en la cláusula 22.1, actúa en el proyecto como representante de la entidad contratante, y por ende, protege sus intereses.

La firma contratista también reprochó la inspección realizada por funcionarios del ente fiscalizador en el mes de septiembre de 2016, advirtiendo que no correspondió al estado en que quedó la pista sur luego de ser repavimentada en el año 2012, sino al deterioro que sufrió la misma producto de su desgaste natural y mostró como evidencia las más de 720.000

operaciones de aterrizaje y despegue que se realizaron sobre la respectiva pista, con el fin de probar esta circunstancia con fundamento en el artículo 7° de la Ley 610 de 2000.

Empero la investigación se inició por el no mantenimiento de la pista, dado que no se ajustó a los requisitos técnicos convenidos y pese a ello, el concesionario recibió pago por este concepto, lo que además desestima la justificación de los implicados al referirse al desgaste natural que sufren las cosas. Por tanto, el caso demuestra que al ocurrir el daño fiscal puede ser declarado responsable fiscal un concesionario por contribuir a este en interpretación del artículo 6° de la Ley 610 de 2000. En la figura 2 el concesionario se ubica dentro del grupo de los contratistas, en calidad de persona jurídica de derecho privado.

**Figura 2**



## 1.2 Gestión fiscal

Se entiende por gestión fiscal, la convergencia de operaciones económicas, jurídicas y de tecnología, cuyos actores son los servidores públicos y como ya se ha hecho mención, los particulares que por potestad legal o contractual tienen a su disposición recursos públicos; operaciones cuya funcionalidad es un bueno y ajustado direccionamiento de los recursos públicos, aplicando además de los principios generales, los expresados aquí por la norma, esto es, los principios especiales de la gestión fiscal, los cuales son: “*los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales,*” todo esto enfocado en cumplir los fines esenciales del Estado. (Congreso de la República, Ley 610 de 2000, art. 3)

El ejercicio de la gestión fiscal debe ser antecedido por un acto que otorgue la facultad jurídica para el manejo de los recursos públicos. Tal como lo indica la Corte Constitucional y para complementar la gestión fiscal,

La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que, esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que, hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados. (Corte Constitucional, Sentencia C- 840 de 2001)

La Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A.S - CODAD S.A.S. en su calidad de consorcio contratista, sostuvo que su conducta no se encuadra dentro de la gestión fiscal y; por tanto, alegó la falta de competencia de la Contraloría para adelantar este proceso en su contra. Sostuvo que, para que fuese gestor fiscal, se le debió asignar dentro del Contrato expresamente la función de administrar o manejar recursos públicos. Propuso que, respecto a los ingresos por derechos de pista que recibe, dada su naturaleza, se trató de una contraprestación, retribución o pago producto de las prestaciones contractuales ejecutadas, lo cual no encaja como o manejo de recursos públicos, según lo pactado en la cláusula segunda (objeto del contrato) y cláusula décima séptima (forma de pago). Por ende, consideró el concesionario que los recursos entregados son de carácter privado habida cuenta que ingresaron a su patrimonio a título de pago

Contrario a lo expuesto, el investigador fiscal arguyó que la gestión fiscal comprende toda forma de administración de los recursos y por ser la gestión fiscal una función pública, a los sujetos que se les asigna dicha administración, a través de la ley, un acto administrativo o de un contrato estatal, por cuanto el manejo de estos recursos, tienen una destinación específica expresamente habilitada por la Constitución, la Ley o el contrato, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000.

Para reafirmarlo, cita la CGR que, en la Sentencia C-037 de 2003, la Corte Constitucional reitera que la actividad de administración y manejo de recursos públicos es una función pública por parte de personas privadas, señalando específicamente:

Retomando y precisando el criterio material a que se ha hecho referencia, la Corte destacó en la Sentencia C-563 de 1998 que:

“Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se

ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución” (MP. Alvaro Tafur Galvis)

Esta sentencia, nos muestra que los particulares cumplen función pública, como por ejemplo la interventoría en los contratos estatales; función pública que deben cumplir de manera eficaz para realizar los fines estatales. Otro ejemplo que demuestra la sentencia es la de particulares que ejercen función pública al administrar recursos parafiscales, en donde la Contraloría General de la República es la encargada de la vigilancia de estos recursos.

De igual manera consideró que la gestión fiscal es la disposición de bienes que conforman el patrimonio público, administrados para el cumplimiento de los fines establecidos por el Estado; por lo tanto, no es posible manejarlos como propios, sino en el entendido que son bienes ajenos que entrañan restricciones de manejo, con sujeción a un régimen jurídico dispuesto en la Constitución y la Ley.

Posiciones se han encontrado respecto al ejercicio de la gestión y la responsabilidad fiscal; una por parte del Consejo de Estado, en la sentencia con número de radicado 050012333000201801146 01 del 25 de agosto de 2022, y otra por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-438 del 30 de agosto de 2022.

En principio el Consejo de Estado nos enseña que un contratista directamente no puede enmarcarse como gestor fiscal, pero es posible deducir de conformidad con el inciso final del Artículo 1° de la Ley 610 de 2000 en coordinación con el inciso 2° del Artículo 6, que no solo se está frente a los que ocasionan directamente el daño por acción u omisión, si no que igualmente está la posibilidad de que la autoría del daño al patrimonio público sea por los que contribuyan al detrimento patrimonial o concurran a la realización del daño.

La Corte Constitucional nos ilustra en el aspecto de que la Contraloría General de la República no puede extender sus atribuciones de control fiscal sobre las personas de derecho privado que no cumplen gestión fiscal, puesto que esta situación se saldría de los límites del marco constitucional. La gestión fiscal la ejercen los particulares, pero por expreso mandato legal o por delegación administren recursos públicos. Para que pueda surgir responsabilidad fiscal debe existir el ejercicio de la gestión fiscal como presupuesto primigenio, porque va a

ser el elemento vinculante y determinante de esa responsabilidad, pero además con ocasión de esta gestión, por tener rango dependiente, requiriendo para ello, de la presencia de una relación de conexidad próxima y necesaria para el desarrollo de la gestión fiscal, la cual debe ser analizada con el mayor detalle posible, lo que se traduce en que un particular que no es gestor fiscal, en relación con la gestión fiscal, contribuye a la producción del daño, siempre y cuando esté evidente una conexidad próxima y necesaria para el desarrollo de la gestión fiscal.

Todas las actuaciones que se desarrollan en ejecución del contrato de concesión, ya sea las del gestor fiscal como las del particular, tienden al cumplimiento de los fines estatales, además que las de este último posee una doble connotación, la de su retribución propia en calidad de ganancia y hacer eco en el cumplimiento del interés general. No se puede considerar que un contratista obtuvo una utilidad en ejercicio de una concesión, y a la vez el Estado tuvo un detrimento patrimonial en ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión a esta, dentro de la cual, este contratista, con sus actuaciones son las que fueron necesarias y contribuyeron a la consecución del daño.

### **1.3. Nexo causal**

El artículo 1° de la Ley 610 de 2000, que indica que el proceso de responsabilidad fiscal se refiere a las actuaciones administrativas con el objeto de determinar si hay o no responsabilidad fiscal de servidores públicos y de particulares, se interpreta en que las contralorías tienen como fin determinar y establecer la responsabilidad fiscal no solo del servidor público en ejercicio de la gestión fiscal, sino inclusive la de los particulares con ocasión de esta. Si bien, el concesionario contratista, no presentó un argumento específico frente a este elemento de la responsabilidad fiscal particular, desde el auto que inicia esta actuación, se denota solo que para su vinculación se le hace una mera mención del artículo 1° de la Ley 610 de 2000, sin que se dé una pronunciación más amplia sobre la calidad de la vinculación si la conducta a investigar se catalogaba con un acto propio de la gestión fiscal o con ocasión a ésta, falencia que se repite en el Auto de imputación de responsabilidad fiscal.

La falta de determinación en este punto es necesaria y es lo que se denomina nexo causal. Dentro del proceso de responsabilidad fiscal, dado un presunto daño fiscal, se investiga la conducta dolosa o gravemente culposa, pero esta no es suficiente. Dados los medios de pruebas que soportan el proceso, se investiga si esta conducta conllevó a provocar el daño patrimonial al Estado.

El análisis de la expresión “con ocasión de esta” es por cuanto según el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, la persona natural o jurídica de derecho privado a título de dolo o culpa grave puede producir indirectamente o “contribuir” al detrimento, de ahí que se logra deducir que, así como un concesionario contribuye indirectamente en la concreción de los fines del Estado, puede igualmente conducir a la afectación del patrimonio, esto significa que se evidencia un grado de participación no directa dentro de los hechos que generen un daño patrimonial al Estado, en ejercicio de sus funciones sin que esto signifique que realiza gestión fiscal. Esto es, la evidencia entre la coexistencia de un daño patrimonial, y actos que lo materialicen por una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal, tal y como lo indica la Sentencia C-840 de 2001 de 9 de agosto de 2001.

Que un concesionario sin realizar gestión fiscal sea responsable de daño patrimonial y que tal decisión no extralimite la competencia del operador fiscal, es deber de este, enfocarse en la verificación de la concurrencia de la ocasión de esta, verificando y evidenciando que la causa del daño patrimonial al Estado, son actos propios del particular que si no se hubieran hecho no se habría dado tal daño. Por eso es tan importante identificar e individualizar de manera detallada los actos del particular, que se desarrollan dentro de la órbita de la gestión fiscal y los cuales son indispensables en el cumplimiento de dicha gestión.

Concretado está que los concesionarios que manejan fondos públicos son sujetos de control fiscal, lo que los compromete directamente en una investigación de responsabilidad fiscal por la ocurrencia de un daño patrimonial al Estado. Esto es, en el caso de tarifas de servicios públicos recaudadas y administradas a través del patrimonio autónomo, mantienen su naturaleza de recursos públicos mientras no se efectúe el pago de la utilidad pactada. Cuando está determinado el carácter público de los recursos y que están siendo manejados directamente por el concesionario; es decir, que sobre estos tienen poder decisorio por potestad legal, se está identificando al gestor fiscal en cabeza del concesionario.

La sentencia del Consejo de Estado con ponencia del Dr. Hernando Sánchez Sánchez, explica sobre la responsabilidad fiscal de particulares que no son gestores fiscales que:

No toda acción u omisión de los contratistas que pueda derivar en un detrimento al patrimonio del Estado podrá ser pasible de la acción fiscal; aceptar lo contrario implicaría que la imputación de responsabilidad fiscal, respecto de los contratistas, opera de manera objetiva por el hecho de que aquellos siempre estarán en una relación próxima o cercana a la ejecución de recursos del Estado y, por ende, a la gestión fiscal.

(...) los contratistas del Estado sí pueden ser objeto de atribución de responsabilidad fiscal por conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal. (Consejo de Estado, Sentencia con radicado 050012333000201801146 01 del 2022)

## 2. Generalidades del contrato de concesión

Los contratos de concesión según lo indica la Ley 80 de 1993, son los que celebran las entidades estatales, cuyo objeto es el de otorgar a otra parte, denominada 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.

Rico (2019), sigue el concepto del Consejo de Estado<sup>13</sup> en cuanto a la naturaleza jurídica de los bienes dados en concesión, como aquellos destinados al uso público, pero bajo la administración de un particular (p. 268 a p. 274). Por tanto, los bienes dados en concesión a través de la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión; para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional; la concesión en materia de transporte público y el contrato de concesión de infraestructura, que es el caso que se expone. no cambian su naturaleza, así se encuentren dentro de los concesionarios diversas formas (simple, interesada, concierto concesional, concesión mediante una sociedad de economía mixta) y regímenes del contrato de concesión (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1508 de 2012).

De acuerdo con Fandiño (2014), el contrato de concesión de infraestructura se celebra en el evento en que el Estado no tiene los suficientes recursos para desarrollar la infraestructura vial y tiene que recurrir a los del sector privado, motivándolo para que invierta

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, radicado No. 25000-23-26-000-1996-3323-01 (23649) en Rico, L. A. (2019) *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal*. Leyer.



en la construcción, rehabilitación y conservación de esta clase de infraestructura a cambio de su explotación por un periodo determinado. (p. 319)

La colaboración de las entidades de derecho privado para el desarrollo de la infraestructura estatal, está reglada por la Ley 105 de 1993 con las disposiciones básicas para la creación de un Estatuto de Transporte. En esta norma establece que, a partir de la suscripción del contrato de concesión, los ingresos que produzca lo concesionado, serán asignados al concesionario dentro de un plazo determinado para que obtenga el retorno del capital invertido a efectos de recuperar su inversión y lo que invierta el Estado se recupera con los ingresos de la operación, una vez terminado el periodo de concesión. (Artículo 30 parágrafo 3)

En el presente caso, las irregularidades investigadas se desprendieron del contrato de concesión de infraestructura n.º 0110-O.P. de fecha 18 de julio de 1995, suscrito entre la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA AERONÁUTICA CIVIL y la COMPAÑÍA DE DESARROLLO AEROPUERTO EL DORADO S.A.S CODAD S.A.S, regido de conformidad con lo previsto en las leyes 80 y 105 de 1993. En la cláusula segunda, según el objeto contractual, el concesionario se obligó a:

Construir y mantener la segunda pista y a mantener la pista existente, de conformidad con lo previsto en el Pliego de Condiciones correspondiente a la Licitación Pública número 003/94 y en la propuesta aceptada por la UAEAC y, en particular, a realizar las obras a que se refiere la Sección 2 del Tomo I del Pliego de Condiciones. En todo caso, el Concesionario se obliga a realizar cualesquiera gestiones, incluyendo la obtención de financiamiento, equipo, personal e infraestructura adecuados, para ejecutar a cabalidad el objeto de este contrato. La UAEAC, por su parte, se obliga a ceder al Concesionario los ingresos por derecho de pista, en los términos aquí previstos, como única contraprestación por el cumplimiento de las obligaciones del Concesionario. (Folio 9\_CD Soporte hallazgo n.º 20. Carpeta principal. Expediente n.º UCC-PRF-032A-2017 ANI)

En el proceso, se vincularon como implicados al presidente y al vicepresidente de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) por ser, en principio, titulares de los intereses patrimoniales públicos menoscabados por falta de gestión de supervisión y control a la ejecución de las obras objeto del contrato de concesión, lo que llama la atención y uno de los motivos de tomarlo como caso de estudio, no es solo que se vincula a un concesionario como presunto responsable, sino que es de especial análisis el evento de que no se le imputa responsabilidad a estos gestores fiscales, desvinculándolos de la responsabilidad fiscal. Al concesionario Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A.S CODAD S.A.S quien

celebró y ejecutó el contrato de concesión, se obliga a realizar cualesquiera gestiones, incluyendo la obtención de financiamiento, equipo, personal e infraestructura adecuados, para ejecutar a cabalidad el objeto de este contrato. Esto demuestra que una investigación dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, en cuanto a los presuntos responsables, pueden ser vinculados inclusive a los más altos cargos, lo que revela que no distingue en principio, fuero especial. De acuerdo con el artículo 174 de la Constitución Política, el fuero especial abarca a los altos funcionarios del Estado, inclusive cuando ya han finalizado el ejercicio de sus funciones; los cuales son, el Presidente de la República o quien hace sus veces; los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, más contra los congresistas se indica que no se estableció el respectivo fuero para el proceso de responsabilidad fiscal.

La contraloría general de la república puede ejercer control fiscal sobre los gestores fiscales, ya sea en la etapa precontractual, contractual o post – contractual. En este caso objeto de estudio, surgió el proceso de responsabilidad fiscal producto de una auditoria que realizó la CGR a la Agencia Nacional de Infraestructura, dentro de la cual validó un hallazgo con incidencia fiscal, en el contrato de concesión realizado entre la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y la Compañía de Desarrollo Aeropuerto el Dorado S.A. contrato subrogado a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. El concesionario Compañía de Desarrollo Aeropuerto el Dorado S.A. – CODAD S.A.S fue vinculado al proceso de responsabilidad fiscal por cuanto que su actuar corresponde a los mismos hechos que generaron el presunto daño patrimonial al Estado. Por tal motivo se identificaron una serie de criterios jurídicos que tienen como objeto obtener una herramienta que encaje dentro de las respectivas vinculaciones de concesionarios en calidad de presuntos responsables.

### **3. Criterios jurídicos identificados sobre la responsabilidad fiscal del concesionario dentro del PRF -2017-01052\_UCC-PRF-032-2017**

- La persona jurídica de derecho privado no es per se, gestor fiscal, cada asunto en particular debe analizarse a la luz de las situaciones fácticas y jurídicas estableciendo con certeza la presencia de los elementos de la responsabilidad fiscal. Por tanto, no es acertado lo que considera Fajardo-Peña (2017), quien se enfoca en indicar que los concesionarios no son responsables fiscales porque no son gestores fiscales, pues no administran recursos públicos, sin tener en cuenta los demás elementos casuísticos que

puedan presentarse en la conducta y en interpretación del artículo 6° de la ley 610 de 2000, al expresar que la responsabilidad fiscal puede llegar a alcanzar a la persona que indirectamente realice la producción del daño.

De igual manera, Álvarez (2021), respecto al término “contribuyan” que trae el artículo 6° de la ley 610 de 2000 hace una reseña señalando que es el “*daño fiscal indirecto o por vía de contribución*”, indicando que no puede haber responsabilidad fiscal, por cuanto no se realiza gestión fiscal, manifestando finalmente al respecto esta ambigüedad tuvo como resultado que durante un tiempo se interpretara que la contribución al daño involucraba a otras personas que sin tener calidad de gestores fiscales coadyuvaron para producir el resultado (p. 147 a p. 151).

Criterio que desconoce lo expresado por la Corte Constitucional dentro de la Sentencia C-840 de 2001, que habla de la importancia de interpretar la frase “con ocasión de esta” para analizar una posible extralimitación de competencias asignadas a las contralorías respecto al proceso de responsabilidad fiscal, y por lo tanto es muy importante estudiar la conducta investigada y la existencia de una correspondencia con lo que se define por gestión fiscal, entendiendo que el término “con ocasión de esta” es un rango derivado y dependiente en relación con la gestión fiscal.

- Al momento de la configuración de un hallazgo o el inicio de una actuación procesal fiscal, es imperioso determinar la clase de recursos inmersos en el asunto y su naturaleza, porque no todos los dineros que se realizan en las transacciones dentro de la ejecución del contrato de concesión son públicos. En el evento que, a título de contraprestación los dineros públicos pasan al patrimonio del concesionario son privados, pero si dentro de la ejecución del concesionario no hay un beneficio estatal, estos dineros se ven afectados y siguen siendo públicos, por cuanto no se ha cumplido con el objeto contractual y además, no se ha conseguido cumplir los fines esenciales del Estado.
- El trámite procesal amerita fijar si la conducta desplegada es directa o conexas con la gestión fiscal. La Contraloría debe blindar sus fallos en este aspecto y hacer un estudio juicioso en establecer de acuerdo al proceso contractual, si el contratista ejerció directamente gestión fiscal o si su participación con los hechos irregulares tiene una conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal. De hecho el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, establece “*la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen*

*por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”* y el artículo 6 refiere que el daño al patrimonio estatal puede ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o particulares que en forma dolosa lo generen de manera directa o contribuyan al mismo<sup>14</sup>. Ello garantiza además el debido proceso a los presuntos responsables.

En este caso, la CGR profiere auto de imputación de responsabilidad fiscal al concesionario a título de culpa con gradualidad de grave, por cuanto CODAD S.A.S, presentaba dificultades con el cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión de mantenimiento y repavimentación de la pista sur del aeropuerto el Dorado y, pese a ello, recibió el pago por dicho concepto; calificando esta conducta como culpa grave, dadas las irregularidades respecto al mantenimiento de la pista sur.

- El acatamiento de las cláusulas contractuales pactadas en virtud de los acuerdos entre las partes.

En este caso ANI y el concesionario conciliaron las pretensiones de los procesos arbitrales acumulados que cursaban entre estas partes. De aquí que los mecanismos alternativos de solución de conflictos<sup>15</sup>, relacionados dentro del expediente del proceso de responsabilidad fiscal, ofrecieron un abanico de posibilidades, para el resarcimiento del daño de manera directa o acudiendo a un tercero a título de arbitramiento que promoviera la solución, que frente a la responsabilidad fiscal a pesar de que se promuevan dichos mecanismos, si el daño patrimonial actualmente subsiste y no ha sido resarcido, la acción fiscal no cesa.

---

<sup>14</sup> Congreso de la República. DO 44122, agosto 18 de 2000.

<sup>15</sup> Existen varios, uno de ellos son los mecanismos de autocomposición, que es la forma por excelencia del arreglo directo, son las partes las que resuelven; aquí la solución del conflicto lo realizan las mismas partes de manera objetiva, equitativa dentro de la cual no existe una posición dominante, en ese sentido, es el equilibrio entre la autotutela, donde resuelve una sola parte y la heterocomposición donde resuelve un tercero. En cuanto al mecanismo de la autocomposición, tenemos el *Arreglo directo*: consiste en que las partes acuerdan sin que estén presentes terceros. *La renuncia*: Una de las partes desiste de su derecho. *El allanamiento*: En esta ya existe un trámite de proceso, y dentro del mismo una de las partes se allana a las pretensiones. *La transacción*: son actuaciones de negociación que buscan un punto de equilibrio, en donde los actores ceden pretensiones. *La mediación*: En esta existe un tercero que tiene una posición objetiva e imparcial, en que las partes lo escogen para resolver el conflicto, este tercero propone fórmulas de arreglo. *La conciliación*: los actores involucrados en el conflicto, acuden a un tercero neutral, que dirige una solución. La normatividad indica que el conciliador esté calificado, de conformidad al artículo 116 de la Constitución Política de Colombia. *La conciliación en equidad*: son los líderes de la comunidad capacitados y reconocidos como ciudadanos respetables, y que comprenden y saben solucionar los conflictos del diario vivir.

Esto significa que para la responsabilidad fiscal lo importante es el pago total del daño determinado dentro del respectivo proceso de responsabilidad fiscal, y por esta razón los mecanismos alternativos de solución de conflictos deben ser utilizados de una manera ágil y oportuna, que fue lo que ocurrió en este caso, lo que conllevó a que la entidad afectada se resarciera incluso en un monto superior a la cuantía determinada en la investigación fiscal.

Por ende, en la actuación procesal en comento, se ordenó la cesación de la acción fiscal por resarcimiento del daño ante el pago de las compañías aseguradoras vinculadas en coaseguro que ampararon el cumplimiento del contrato a cargo de la Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A.S-CODAD S.A.S y al acuerdo suscrito con la ANI, por valor de \$ 12.395.210.103,87, excediendo el cubrimiento de la tasación del daño patrimonial al Estado en la suma de \$726.668.748,87; indicando la CGR que el valor de los recursos fue reintegrado, cubriendo la totalidad del daño patrimonial que fue imputado.

- El proceso de responsabilidad fiscal no es el único medio idóneo para resarcir el daño al estado.

En cumplimiento del acuerdo conciliatorio, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), aportó al proceso de responsabilidad fiscal soporte de pago por la suma de ocho mil doscientos treinta millones de pesos M/CTE \$8.230.000.000, efectuado por la Compañía de Desarrollo Aeropuerto El Dorado S.A.S. /CODAD S.A.S.) y posteriormente la ANI allegó al expediente soportes de pago por un total de cuatro mil ciento sesenta y cinco millones doscientos diez mil ciento tres pesos con ochenta y siete centavos M/CTE (\$4.165.210.103,87) realizados por el concesionario, motivando a la Contraloría General de la República a proferir Auto por medio del cual se ordenó la cesación de la acción fiscal<sup>16</sup> por resarcimiento del daño y se decretó la terminación del proceso PRF: 2017-01052UCC-PRF 032A-2017.

#### **4. Conclusiones**

El proceso que se desarrolla para determinar la responsabilidad fiscal, para configurar a la luz de sus elementos, qué personas de derecho privado pueden ser gestores fiscales, estableciendo si su actuar fue directo al manejar recursos públicos o si, por el contrario, se

---

<sup>16</sup> Ley 610 de 2000 artículo 16 y Ley 1474 de 2011 artículo 111.

hizo de manera ocasional con la gestión fiscal y así se debe establecer por parte de este órgano de control para garantizar el ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

Para comprender todas las variables que interactuaron en la derivación de responsabilidad fiscal, el desarrollo del presente artículo permitió observar que el tema de la responsabilidad fiscal, se debe investigar desde un enfoque con ámbito en principio netamente casuístico, es conveniente indicar que el contrato de concesión, puede desarrollar cometidos estatales con prerrogativas propias del poder público, tomando la particular titularidad de funciones públicas siendo correspondientes sus responsabilidades públicas; no obstante, es para cada caso la verificación de si se presenta gestión fiscal, ya que desde la comprensión de lo que es patrimonio estatal se está ante un concepto tal y como se señala dentro de este artículo, es un tema complejo que requiere de un análisis detallado lo cual no es posible determinar de tajo que sobre el bien al cual recae un daño, es de carácter patrimonial del Estado.

Describiendo lo que ocurrió en el caso, se puede formular que no siempre quien realiza gestión fiscal directamente es el responsable fiscal, dado que en el Auto de imputación eximieron al presidente y al vicepresidente de la ANI, quienes fueron gestores fiscales para la época de los hechos, y es claro que la responsabilidad fiscal, sea posible comprobarla sobre el que es vinculado por un actuar con ocasión a esta gestión fiscal o de quien contribuye a la causación del daño, esto es, por la correlación inmediatamente vinculada<sup>17</sup> con la ejecución de la disposición de los recursos públicos realizada por el designado para el cumplimiento Estatal, que en este caso fue el concesionario con la disposición de los fondos públicos por pago de un objeto contractual incumplido y con nexo causal, la respectiva sanción.

Cuando algo ocurre con ocasión de otra cosa, es por el acaecimiento conforme a tiempo y lugar, de una acción que oportunamente causa la configuración del otro hecho ocurrido; esto significa que con ocasión de la gestión fiscal igualmente puede operar la consecución o ejecución a costa de los recursos públicos, lo que puede causar un daño y como efecto una responsabilidad fiscal, por cuanto que se demuestra que el sujeto a investigación se aprovechó de tal evento, de manera de que sus acciones son con dolo o culpa grave.

---

<sup>17</sup> Concepto de la Oficina Jurídica de la CGR - OJ-064 de 2016 bajo radicado 2016EE0053912 del 29 de abril de 2016, OJ-142 de 2017 bajo radicado 2017EE0082802 del 10 de julio de 2017 y el concepto CGR-OJ-156 de 2018 bajo radicado 2018EE0126482 del 18 de octubre de 2018.

La calificación “con ocasión de esta” se genera sobre los actos que la construyen, porque se encuentran en una dependencia de conexidad contigua e indispensable para el desarrollo de la gestión fiscal, motivo por el cual es imperativo en cada caso estudiar si la conducta determina la gestión fiscal como resultado de su respectiva relación. La gestión fiscal, posee una identidad material y jurídica única que se desarrolla mediante la ejecución de una planificación, un programa, con operaciones de recaudo, de administración, de inversión con disposición y gasto; entre otros, para cumplir las funciones asignadas por la constitución y la Ley que en sus respectivos ámbitos exhortan a los servidores públicos y a los particulares titulares de la administración del patrimonio del Estado.

Para cada caso, en el proceso que se realiza para determinar una responsabilidad fiscal, es deber del operador jurídico identificar la conducta y validar la presencia de un vínculo estrecho con el despliegue de la gestión fiscal, catalogándola a título de conexa, próxima y necesaria para los actos ejecutados por el gestor fiscal. Esto es, si la conducta del tercero influyó dentro el perímetro de la gestión fiscal, que de manera precisa fijó, facilitó o contribuyó sobre los efectos del daño que se genera en el patrimonio estatal. En este proceso de responsabilidad fiscal analizado, esta conexidad próxima se desarrolló en el momento en que recibió los recursos para el mantenimiento del bien público dado en concesión, sin que estos recursos se vieran materializados en dicho bien.

Respondiendo al título de la investigación que se expone, desde luego los concesionarios pueden ser objeto de responsabilidad fiscal, aunque no siempre, lo que permite concluir que las formulaciones establecidas son extrapolables a otras posibles vinculaciones de concesionarios a procesos de responsabilidad fiscal a título de presuntos responsables que pueden conllevar a la imputación de responsabilidad fiscal y finalmente, a un fallo con responsabilidad fiscal. Incluso, si se tiene en cuenta lo conceptuado por la Oficina Jurídica de la CGR que explica:

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

Sin embargo, el ejercicio del control tiene como límite las disposiciones de la Ley 80 de 1993 sobre la oportunidad del mismo y como se dijo, en armonía con los derechos y las obligaciones que comprometen al contratista y al Estado. (Contraloría General de República, Concepto Oficina Jurídica 580 de 2003)

Lo anterior, en el entendido de que el sujeto de control fiscal es la entidad concedente, que posteriormente permite establecer responsabilidad fiscal a los concesionarios, dado un hallazgo fiscal; y reafirmado por la oficina jurídica de la CGR que:

Agrega que sólo la Contraloría General de la República prescribe los métodos de rendición de la cuenta y de acuerdo a la normatividad vigente no tiene conocimiento de que en alguna Resolución Orgánica se establezca que los concesionarios tengan que rendir cuenta a un órgano de control fiscal y que además en el texto del contrato de concesión suscrito tampoco aparece esa obligación, teniendo en cuenta también que el deber de rendir cuenta e informes se dirige al contratante, con quien se suscribió el contrato. (Contraloría General de República, Concepto Oficina Jurídica 85265 de 2010)

Interpretando los resultados del caso, se podría afirmar entonces que la responsabilidad fiscal puede ser aplicada al concesionario debido a que, de manera indirecta, contribuyó al daño, por conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal<sup>18</sup>; en otras palabras, en concepto de la Auditoría General de la República (AGR) se comprende que el manejo de los recursos públicos, los cuales probablemente fueron administrados de forma anómala, posiblemente produzcan un daño al patrimonio Estatal, directa o indirectamente. De manera directa la responsabilidad fiscal se determina sobre el gestor fiscal; y de manera indirecta, esta responsabilidad es determinada no por la calidad de gestor fiscal del servidor público o el particular, si no con la gestión fiscal que realiza el titular de los recursos involucrados, ocasionando la producción del daño, por cuanto que existe una correlación estrecha e indispensable. (Auditoría General de la República, Concepto 0006241 de 2020)

Finalmente, los órganos de control deben reconocer que a la par de la investigación que se realiza con el objeto de definir una responsabilidad fiscal, con celeridad y eficiencia, se debe dar seguimiento a lo pactado en los contratos sobre acudir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos que permiten resarcir el daño patrimonial del Estado para cesar la acción fiscal, en este caso, al concesionario. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos permiten todo un prisma de posibilidades, ya sea por solución directa entre las partes o asistiendo a un tercero que dirija la solución de las controversias. Con estos instrumentos las partes, de manera civilizada, estipulan y disponen la ruta mediante la interacción y la comprensión de los temas en conflicto.

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001, “bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.”



De aquí, se puede soportar que los mecanismos alternativos de solución de conflictos fueron efectivos para lograr el resarcimiento del daño patrimonial del Estado. Por esta razón se puede concluir que, en virtud del principio de colaboración armónica, la entidad afectada, puede, paralelamente a la investigación y juicio de responsabilidad fiscal en consonancia con los fines y los principios constitucionales, respetando esa separación funcional de la estructura del poder público, lograr el cumplimiento de sus fines. La Sentencia C-246 de 2004 se pronuncia respecto a la separación de poderes y la colaboración armónica en el siguiente sentido:

Así pues, si bien es cierto que el principio de separación de poderes es el fundamento para el reconocimiento de la necesaria independencia y autonomía de los diferentes órganos del Estado, a fin de que puedan cumplir cabalmente sus funciones, también lo es que dicho principio debe ser interpretado en función de su vinculación con el modelo trazado en el artículo 113 Superior, según el cual, cada uno de los órganos del poder público debe colaborar armónicamente para la consecución de los fines estatales. Colaboración armónica que no implica que determinada rama u órgano llegue a asumir la función de otro órgano, pues no debe olvidarse que cada uno de ellos ejerce funciones separadas. (Corte Constitucional, Sentencia C-246 de 2004)

Por tal motivo hay pautas que se deben cumplir para respetar el principio de separación de poderes sin perjuicio de la aplicación de la colaboración armónica.

La Corte describe a la Contraloría General de la República como un organismo de control estatal con funciones especializadas que acompaña horizontal, colaborativa y armónicamente a las ramas del poder público, examinando la gestión fiscal sin que se presente intromisión alguna dentro de las competencias entre las diferentes entidades estatales. Y es que la interacción y colaboración armónica interinstitucional es una manera más de lograr el cumplimiento de los fines del Estado. Aplicar el principio de colaboración armónica en todas las actuaciones de control fiscal, no hace al órgano de control un coadministrador. Por el contrario, se garantizan los principios de la administración pública contenidos en el artículo 209, los principios de las actuaciones administrativas del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 y los del control fiscal contenidos en el Decreto 403 de 2020.

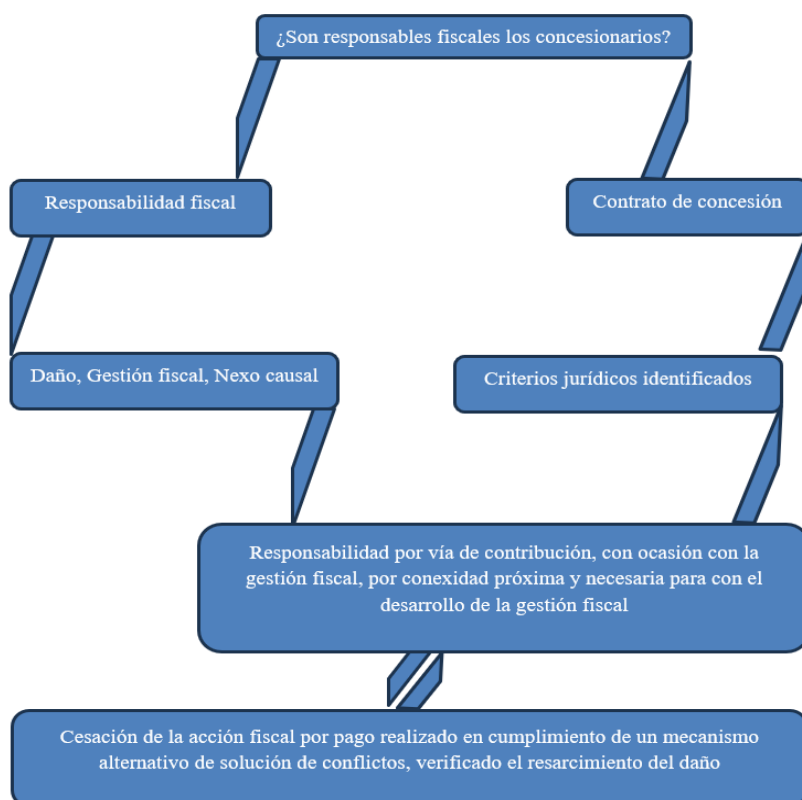
Una Sentencia más reciente que enseña acerca de la colaboración armónica es la C-140 de 2020, que muestra que, si bien es esencial la división de poderes, respetando la autonomía e independencia que garantizan la especialización de la administración pública, y evita que algún poder arremeta contra los derechos y libertades de los ciudadanos, esta

autonomía e independencia no imposibilita la aplicación de mecanismos de control recíproco, de cooperación armónica interinstitucional.

Y así mismo, la aplicación del mecanismo alternativo de solución de conflicto sirve de insumo para el proceso de responsabilidad fiscal, en el sentido que aporta perspectivas a la investigación fiscal, que busca estructurar la responsabilidad fiscal. Si bien está el proceso con una misión resarcitoria, esto no le impide aceptar el análisis de las actuaciones desarrolladas entre las partes involucradas, las cuales buscan solucionar sus controversias contractuales. Esto es, si bien, lo importante aquí es el resarcimiento del daño patrimonial al estado, el mecanismo alternativo que soluciona el conflicto debe tener concreción de pago, pero no obsta de que este además aporte luces sobre responsabilidades solidarias o individuales.

El siguiente diagrama referenciado en la figura 3, permite visualizar el desarrollo de la tesis, que surge de la pregunta ¿Son responsables fiscales los concesionarios? Concluyendo que, si son responsables fiscales, pero que además se aportan criterios jurídicos y además se encontró que el resarcimiento puede lograrse por vía de utilizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

**Figura 3**



### Referencias bibliográficas

- Amaya, U. A. (2013). *Teoría de la responsabilidad fiscal. Aspectos sustanciales y procesales*. Universidad Externado de Colombia.
- Álvarez, L. A. (2021). *El daño patrimonial al estado. proceso de responsabilidad fiscal*. Leyer Editores.
- Auditoría General de la República. (31 de marzo de 2020). Concepto 0006241 de 2020.
- Carrillo, J. M. (2006). Del patrimonio público una aproximación al concepto ya su contenido. *Prolegómenos*, 9(17), 23-34. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601702>
- Congreso de la República. Acto Legislativo n.º 04 del 18 de septiembre de 2019.
- Congreso de la República. Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020.
- Congreso de la República. Ley 105 de 1993 (30 de diciembre), por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 41158 de diciembre 30 de 1993.
- Congreso de la República. Ley 80 de 1993 (28 de octubre), por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Congreso de la República. Ley 143 de 1994 (11 de julio), por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética. *Diario Oficial* n.º 41.434 de julio 12 de 1994.
- Congreso de la República. Ley 610 de 2000 (15 de agosto), por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. *Diario Oficial* n.º 44133 del 18 de agosto de 2000.
- Congreso de la República. Ley 1508 de 2012 (10 de enero), por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* n.º 48308 de enero 10 de 2012.
- Congreso de la República. Ley 1437 de 2011 (18 de enero), por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial* n.º 47.956 de enero 18 de 2011.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, radicado n.º 25000-23-26-000-1996-3323-01 (23649)

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado n.º 050012333000201801146 01

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, radicado n.º 25000234100020190024301.

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 6. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Contraloría General de la República (CGR). Concepto 0000006 de 2018 (Colaboración armónica).

Contraloría General de la República (CGR). Concepto 0000116 de 2018 (Colaboración armónica).

Contraloría General de la República (CGR). Concepto \_0000182 de 2018 (Colaboración armónica).

Contraloría General de la República (CGR). Concepto 0000016 de 2019 (Colaboración armónica).

Contraloría General de la República (CGR). Concepto 0000136 de 2018 (Responsabilidad fiscal contratistas del Estado)

Contraloría General de la República (CGR). Concepto 0000185 de 2020 (Responsabilidad fiscal contratistas del Estado)

Contraloría General de la República (CGR). Concepto 0000185 de 2020 (Responsabilidad fiscal contratistas del Estado)

Contraloría General de la República (CGR). Concepto 0018898 de 2008 (Responsabilidad fiscal contratistas del Estado)

Contraloría General de la República (CGR). Concepto 0173363 de 2014 (Responsabilidad fiscal contratistas del Estado).

Contraloría General de la República (CGR). (4 de abril de 2003). Concepto Oficina Jurídica\_580 de 2003 (Concesionarios).

Contraloría General de la República (CGR). Concepto Oficina Jurídica 0069878 de 2008 (Concesionarios).

Contraloría General de la República (CGR). (22 de diciembre de 2010). Concepto Oficina Jurídica 0085265 de 2010 (Concesionarios)

Contraloría General de la República (CGR). (10 de agosto de 2017) Fallo n.º 1348. Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal número PRF-2014-02038\_UCC-PRF-038/012.

Corte Constitucional. (13 de noviembre de 1996). Sentencia SU-620 de 1996 Sentencia SU-620 -96 [MP. Antonio Barrera Carbonell].

- Corte Constitucional. (7 de octubre de 1998). Sentencia C-563 de 1998 [MP. Antonio Barrera Carbonell y MP. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (9 de agosto de 2001). Sentencia C-840 de 2001 [MP. Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional. (28 de enero de 2003). Sentencia C-037 de 2003 [MP. Álvaro Tafur Galvis].
- Corte Constitucional. (16 de marzo de 2004). Sentencia C-246 de 2004 [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (9 de mayo de 2007). Sentencia C-340 de 2007 [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (11 de marzo de 2015). Sentencia C-103 de 2015 [MS. María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional. (6 de mayo de 2020). Sentencia C-140 de 2020 [MP. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional. (10 de marzo de 2022). Sentencia C-090 de 2022 [MP. Antonio José Lizarazo Ocampo].
- Corte Constitucional. (24 de marzo de 2022). Sentencia C-113 de 2022 [MP. Antonio José Lizarazo Ocampo].
- Corte Constitucional. (30 de junio de 2022). Sentencia C-237 de 2022 [MP. Paola Andrea Meneses Mosquera].
- Corte Constitucional. (30 de noviembre de 2022). Sentencia C-438 de 2022 [MP. Jorge Enrique Ibáñez Najar].
- Fajardo-Peña, S. (2017). La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado. *Revista digital de Derecho Administrativo*, (18), 327-351.  
<https://doi.org/10.18601/21452946.n18.13>
- Fandiño, J. E. (2014). *La Contratación estatal*. Leyer Editores.
- Gómez, I. D. (2016). *La Seguridad Jurídica. Volumen I: El caso de la responsabilidad fiscal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.
- Sevilla, A. (1 de marzo de 2020). Tasa interna de retorno (TIR). *Economipedia*.  
<https://economipedia.com/definiciones/tasa-interna-de-retorno-tir.html>
- Rico, L. A. (2019) *Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal* (11.º ed.). Leyer Editores.