

RESPONSABILIDAD FISCAL DE PARTICULARES QUE OCASIONEN DAÑOS AL PATRIMONIO PÚBLICO CUANDO NO REALIZAN GESTIÓN FISCAL-Excede facultades atribuidas a la Contraloría General de la República y demás órganos de vigilancia y control fiscal

(...) prever que los particulares son responsables fiscales cuando, sin tener la calidad de gestores fiscales y por lo tanto sin realizar gestión fiscal alguna, participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público, especialmente cuando con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos, inmuebles o muebles, desborda la esfera de la vigilancia y el control fiscal y no permite en consecuencia deducir responsabilidad fiscal, so pena de violar los artículos 4, 119, 267, 268-5 y 272 de la Constitución Política.

(...) de conformidad con lo previsto en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución, y las normas que los desarrollan como el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y los límites previstos en el artículo 4 de esa misma Ley, la gestión fiscal es la que juega un papel preponderante para efectos de establecer o deducir responsabilidad fiscal en los procesos de naturaleza administrativa que adelantan las Contralorías General de la República y territoriales o la Auditoría General de la República. En otros términos, sin gestión fiscal resultante de una habilitación legal, administrativa o contractual, no puede deducirse responsabilidad fiscal.

INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Procedencia excepcional/INTEGRACION DE LA UNIDAD NORMATIVA-Eventos en que procede

PROPOSICION JURIDICA COMPLETA-Integración

CONTROL FISCAL-Definición/CONTROL FISCAL-Finalidad/CONTROL FISCAL-Importancia en el Estado de Derecho/CONTROL FISCAL-Jurisprudencia constitucional

CONTROL FISCAL-Nueva dimensión en la Constitución de 1991

(...) la Constitución Política prevé que tanto el ejercicio de las funciones públicas como la gestión pública, la cual comprende la gestión fiscal, deben ser vigiladas y controladas por el Estado, sea que tales funciones y gestión las cumplan y ejecuten entidades públicas y con ellas los servidores públicos a ellas vinculados por habérselas atribuido el ordenamiento

jurídico, o entidades privadas y/o particulares cuando les sean atribuidas por la ley o delegadas por actos administrativos con sujeción a ella. Así mismo, son objeto de vigilancia y control del Estado las actuaciones y gestión de los particulares a los cuales se les atribuye la administración, manejo y disposición de bienes y recursos de origen y naturaleza pública, así tales actividades y gestión pública no comporten el ejercicio de funciones públicas. Para tal efecto, existen, entre otras, la función fiscalizadora, sea en su modalidad de ministerio público o en su modalidad de control fiscal.

CONTROL FISCAL-Reglas jurisprudenciales

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Competencias y funciones/CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Control fiscal

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTROL FISCAL-Amplitud

GESTION FISCAL-Concepto

GESTION FISCAL Y CONTROL FISCAL-Distinción

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Ejercicio de la gestión fiscal

GESTOR FISCAL-Alcance

(...) son gestores fiscales, y en caso de que se produzca un daño al patrimonio público, presuntos responsables fiscalmente, los servidores públicos y/o los particulares que por habilitación legal, administrativa o contractual manejen o administren bienes y recursos públicos y que tengan capacidad decisoria frente a los mismos por haber sido dispuestos a su cargo. En razón a ello, indistintamente de la condición pública o privada del ejecutor o del poder jurídico o fuente de la cual se derivan las obligaciones fiscalizadoras, es la gestión fiscal la que constituye el elemento decisorio y determinante de las responsabilidades inherentes al recibo, percepción, recaudo, administración, gestión, disposición o destinación de dichos bienes o recursos de naturaleza pública.

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Naturaleza/PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Objeto

PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Sujeto pasivo

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Prevención de la corrupción/MEDIDAS PARA COMBATIR LA CORRUPCION-Instrumentos internacionales

(...) el Estado colombiano propende por combatir la corrupción, no sólo desde el mandato mismo de la Constitución, sino también desde el marco jurídico internacional como respuesta a un fenómeno que ha permeado a múltiples sociedades. En ese sentido, en plena concordancia con los antecedentes jurisprudenciales sobre la temática, la Sala Plena recalca que todas y cada una de las actividades encaminadas a luchar en contra de ese flagelo, siempre que no contraríen la Constitución Política, son un reflejo de la intención del legislador de preservar la armonía de la actividad del Estado que pretenden la protección del patrimonio público.

Expediente: D-14.763

Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022

Demandante: Martín Alonso García Agudelo

Magistrado Ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones, en especial la prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto Ley 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241,

numeral 4 de la Constitución Política, el 29 de marzo de 2022, el ciudadano Martín Alonso García Agudelo presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, “[p]or medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”, por estimar que él vulnera los artículos 4, 29, 119, 267, 268 numeral 5, y 272 de la Constitución Política.

1. Mediante Auto del 2 de mayo de 2022, se inadmitió la demanda, primero, porque no se acreditó la calidad de ciudadano, tal y como así lo exige la Constitución Política en el numeral 6 del artículo 40 y el numeral 1 del artículo 242; segundo, con fundamento en el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte, esencialmente, porque el escrito de inconstitucionalidad se fundamentó en consideraciones de contenido global y abstracto que no apuntaban a demostrar un verdadero concepto de violación, sin perjuicio de citar in extenso extractos de jurisprudencia constitucional sin desarrollo académico alguno de cara a demostrar cuál era la contrariedad de la disposición acusada con la interpretación que sobre ello ha realizado esta Corporación.

1. Dentro del término legal para subsanar la demanda, que transcurrió entre los días 5, 6 y 9 de mayo de 2022, se presentó escrito de subsanación.¹

1. Mediante Auto del 24 de mayo de 2022, tras verificarse que la acción de inconstitucionalidad fue debidamente subsanada, se dispuso: (i) admitir la demanda promovida en contra del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, por la eventual trasgresión de los artículos 4, 119, 267, 268 numeral 5, y 272 de la Constitución Política. A su turno, se ordenó (ii) fijar en lista por el término de diez (10) días, para que cualquier ciudadano pudiera intervenir por escrito, a fin de defender o impugnar la constitucionalidad de la norma sub examine; (iii) comunicar la iniciación de este proceso a la Presidencia del Senado de la República, a la Presidencia de la Cámara de Representantes, a la Presidencia de la República y al Ministerio de Justicia y del Derecho para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran; (iv) invitar a la Contraloría General de la República, a la Auditoría General de la República, a

las Facultades de Derecho de las Universidades Nacional, Externado, Rosario, Andes y Javeriana, como también, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Corporación Excelencia en la Justicia y a los ciudadanos Carlos Alberto Atehortúa Ríos, Antonio Hernández Gamarra, Sandra Morelli Rico e Iván Darío Gómez Lee, para que, si lo consideraban pertinente, presentaran concepto técnico sobre los aspectos más relevantes del caso; y, (v) dar traslado a la señora Procuradora General de la Nación para que rindiera el concepto a su cargo, conforme a lo previsto en el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991.

1. Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda citada en la referencia.

A. El artículo demandado

A continuación, se transcribe el artículo demandado contenido en la Ley 2195 de 2022:

“LEY 2195 DE 2022

(enero 18)²

Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 37. RESPONSABILIDAD FISCAL DE LAS PERSONAS QUE OCASIONEN DAÑOS AL ESTADO. Los particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público y que, sin ser gestores fiscales, con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos,

inmuebles o muebles, serán objeto de responsabilidad fiscal en los términos del artículo 4o de la Ley 610 de 2000 y demás normas que desarrollan la materia.

Para estos efectos, una vez se abra la correspondiente noticia criminal, la Fiscalía General de la Nación remitirá copia e informará lo correspondiente al órgano de control fiscal competente y a la Procuraduría General de la Nación”.

A. La demanda

1. Como se anotó en líneas anteriores, la demanda fue admitida una vez se verificó que el demandante subsanó los yerros advertidos. Sobre esa base, el actor presentó a la Corte un único cargo, que será explicado a continuación:

Cargo único: El artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 desborda los alcances propios del control fiscal y, por consiguiente, lesiona los artículos 4, 119, 267, 268.5 y 272 de la Constitución Política

1. Para el ciudadano demandante, la norma censurada es inconstitucional, por cuanto la estructura del Estado prevista en la Constitución Política, se define a partir de la distribución del ejercicio del Poder Público en los órganos que integran las Ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial y, adicionalmente, en órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, entre ellos, la Contraloría General de la República.

1. En lo que se refiere al control fiscal, el actor sostuvo que este está definido en el artículo 267 de la Constitución como una función pública atribuida a la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes públicos en todos los niveles administrativos, función que comparte

con las contralorías territoriales. Agregó que, dicha función debe ejercerse con sujeción a los principios de eficiencia, economía, equidad, desarrollo sostenible y de valoración de los costos ambientales.

1. En relación con las funciones y potestades atribuidas directamente por la Constitución al Contralor General de la República, extensivas a los contralores departamentales, distritales y municipales, resaltó la contenida en el numeral 5 del artículo 268 que señala la de “Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación”. Esto, para reseñar que, a partir de dicha función y potestad, los contralores o sus delegados adelantan los procesos de responsabilidad fiscal, exclusivamente, contra servidores públicos o particulares que cumplan gestión fiscal, cuyo alcance fue precisado por la Corte en la Sentencia C-840 de 2001 en la que se resaltó que la gestión fiscal es el elemento determinante de la responsabilidad fiscal.

1. Así, el demandante sostuvo que, si bien existe un amplio margen de configuración normativa sobre la materia objeto de examen, lo cierto es que tal potestad no puede desconocer el artículo 4 de la Constitución Política. En consecuencia, dijo, el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 contraría y desborda los límites del control fiscal, pues predica de los particulares que, sin ser gestores fiscales, responsabilidad fiscal cuando participen, concurren, incidan o contribuyan de manera directa o indirecta en la producción de daños al patrimonio público.

1. El actor señaló que la responsabilidad fiscal solo puede predicarse de los servidores públicos o de los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, situación que no existe cuando se pretende que los particulares, sin ser gestores fiscales y sin hacer parte de la administración pública, respondan fiscalmente en los términos de la disposición demandada. Indicó que, “[l]a actuación y conducta de los particulares en estos eventos no se ajusta a un acto de gestión fiscal y tampoco estaríamos en presencia de una actuación de la

administración pública, circunstancias que descartan toda posibilidad de intervención de los organismos de control fiscal en el ejercicio de su función constitucional de vigilancia y control,”³ puesto que se lesionan los artículos 119, 267 y 268.5 de la Constitución, que prevén, además de la autonomía e independencia de los órganos de control, cuáles son los sujetos de control fiscal.

1. Por otra parte, acotó que, la Corte Constitucional, en la citada Sentencia C-840 de 2001 comprendió la posibilidad de que algunos servidores públicos que no tienen competencias relacionadas con la gestión fiscal, puedan ser sujetos de control fiscal, siempre que su conducta tenga una relación próxima y necesaria con dicha gestión. De igual forma, dijo, “ha avalado la calidad de sujetos (sic) pasivo del proceso de responsabilidad fiscal de los particulares que contribuyan de manera culposa o dolosa con la causación del daño patrimonial al Estado pero siempre que tenga relación con el ejercicio de gestión fiscal.”⁴ Precisó que esta Corporación, en la misma providencia, señaló que: “En los demás casos, esto es, cuanto el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal”.

1. Por las consideraciones señaladas, se solicitó de la Corte declarar la inexecutable del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022.

A. Trámite procesal

1. Dentro del término de fijación en lista, se recibieron las intervenciones de los ciudadanos: (i) Jorge Hernán Ospina Zapata, (ii) Juan Diego Buitrago Galindo, (iii) Iván Darío Gómez Lee, (iv) Carlos Alberto Atehortúa Ríos y (v) Sigifredo Chavarriaga Sierra. Así mismo, se recibieron las intervenciones de (vi) la Cámara Colombiana de la Infraestructura, (vii) la Contraloría General de la República, (viii), la Universidad Libre y (ix) la Universidad de Cartagena. A su

turno, de acuerdo con el artículo 278.5 de la Constitución, también se allegó (x) el concepto de la Señora Procuradora General de la Nación.

1. Metodológicamente, las intervenciones se presentarán teniendo en cuenta la solicitud de inexequibilidad, exequibilidad o exequibilidad condicionada elevada a la Corte. De ese modo, primero se reseñarán la intervenciones que defienden la inexequibilidad de la disposición acusada, luego se detallarán las que, por el contrario, consideran que esta no contraviene el ordenamiento jurídico constitucional y, por último, la relativa a la exequibilidad condicionada.

Intervenciones que solicitan la declaratoria de inexequibilidad

a. Ciudadano Jorge Hernán Ospina Zapata⁵

1. En criterio del ciudadano interviniente, la disposición acusada lesiona los artículos 4, 119, 267, 268.5, y 272 de la Constitución Política en los cuales se hace plena referencia al concepto de “gestión fiscal” como uno de los elementos esenciales para el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal de la administración y de los particulares o de las entidades encargadas de manejar fondos públicos en cualquier nivel administrativo y en relación con todo tipo de recursos. Bajo ese aspecto, indicó que desde esta “óptica constitucional, se concibe que, ciertamente, el Proceso de Responsabilidad Fiscal, en sus diversas modalidades, tiene al Gestor Fiscal como su único destinatario y, por lo tanto, para que los particulares y contratistas puedan verse sometidos al mismo, se exige que se encuentren investidos o habilitados para gestionar o administrar bienes, fondos o recursos públicos. Lo anterior significa que, efectivamente, ostenten su disponibilidad jurídica, recursos públicos, toda vez que, la simple disponibilidad material de aquellos se considera insuficiente.”⁶

1. Bajo ese panorama, sostuvo que las expresiones: “o de servidores públicos o particulares

que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos”, “o de quien participe, concorra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado”, y “o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo”, contenidas en los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 610 de 2000, deben ser aplicadas desde la órbita de la “gestión fiscal”, sobre todo, porque el Acto Legislativo 04 de 2019, “no efectuó ningún cambio en tal sentido, y la Carta Política, para efecto de definir los sujetos de control fiscal, continúa demandando, de los particulares y demás entidades, que manejen fondos o bienes públicos.”⁷

1. De ese modo, el interviniente expuso que, según el principio de supremacía de la Constitución, los precedentes jurisprudenciales proferidos con anterioridad a la expedición del Decreto Ley 403 de 2020 conservan su fuerza y eficacia, puesto que su ratio decidendi permite “aseverar que solo cuando a los particulares se les transfiera la función administrativa para gestionar, manejar o administrar los recursos o fondos públicos, se reputarán gestores fiscales, es decir, cuando aquellos tengan la disposición jurídica de los mismos.”⁸

1. Como soporte de su afirmación, citó textualmente el artículo 3 de la Ley 610 de 2000,⁹ en el cual se establece que solamente pueden ser responsables fiscalmente, quienes ejercen “gestión fiscal”, disposición que tampoco fue modificada por el Decreto Ley 403 de 2020. Agregó que esta Corporación, mediante Sentencia C-840 de 2001, “reconoció el carácter selectivo al control fiscal y resaltó la gestión fiscal como un elemento determinante de este tipo de responsabilidad,”¹⁰ declarando exequible la expresión “con ocasión de ésta”, prevista en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, “bajo el entendido de que los actos que la materializan comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.”¹¹ Igualmente, en dicha providencia, la Corte declaró ajustada a la Constitución la expresión “contribuyan”, establecida en el artículo 6 de la misma norma, que refiere a la modalidad de intervención tanto del particular como del funcionario público en los escenarios relacionados con el detrimento patrimonial.

1. Luego, el interviniente presentó un análisis jurisprudencial sobre la materia, tanto de providencias proferidas por esta Corporación como por el Consejo de Estado. Respecto a la primera, citó las Sentencias C-529 de 1993, C-046 de 1994, C-408 de 2001 y C-840 de 2001; y, frente a la segunda, citó las providencias del 26 de agosto de 2004 (1997-2093-01), del 12 de noviembre de 2015 (2004-01667-01), del 15 de marzo de 2018 (2012-00030-01), del 6 de septiembre de 2018 (2003-01891-01), y del 21 de enero de 2021 (2012-00534-01).

1. Como resultado de tal exposición, el ciudadano concluyó argumentando que ambas instituciones han precisado “que para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal de una persona que ocasione un daño al Estado, esta debe estar siempre precedida o derivada una ‘gestión fiscal’; luego el legislador al desconocer este presupuesto como elemento imprescindible de esta clase de responsabilidad, desbordó su competencia legislativa,”¹² más aún, cuando los procesos de esa naturaleza se diferencian de otros, como los contenciosos contractuales, penales, y/o civiles, pues la responsabilidad fiscal, además de ser autónoma, es eminentemente resarcitoria y no sancionatoria, motivo por el cual el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución determina: “Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal”.

1. El interviniente anotó que, si bien es válido que el Congreso de la República pretenda proteger el patrimonio público en torno a los daños ocasionados en los “estallidos sociales” ocasionados en los años 2019 y 2020, entre otros, a las estaciones de policía, vehículos de servicio público, fachadas de edificaciones públicas, puntos de pago de peajes, lo cierto es que con ese propósito no puede apartarse de las normas previstas en la Constitución para establecer la responsabilidad fiscal de los ciudadanos, pues, para ello, se impone la presencia del elemento: “gestión fiscal”.

1. De esa manera, consideró “que la disposición contenida en artículo 37 de la Ley 2195 de

2022 al obviar o soslayar la calidad de gestor fiscal que debe ostenta (sic) una persona para que se le considere fiscalmente responsable, no solo viola la disposición máxima, sino además conlleva a una profunda confusión de las diversas clases de responsabilidades que campean en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, la norma acusa (sic) a parte de ser inconstitucional, genera una inconveniencia e impertinencia en cuanto a su aplicación por parte de los operadores jurídicos de los organismos de control fiscal tanto en el orden nacional (CGR) como en el ámbito territorial.”¹³

1. Por otra parte, el ciudadano señaló que no debe pasarse por alto que el inciso 1 del artículo 267 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 04 de 2019, prevé que la vigilancia y el control fiscal son una función pública en cabeza de la Contraloría General de la República, “la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos.”¹⁴

1. En consecuencia, solicitó a la Corte declarar la inexequibilidad de la norma enjuiciada.

a. Ciudadano Juan Diego Buitrago Galindo¹⁵

1. El interviniente indicó que, en atención a lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política, no es posible establecer responsabilidad fiscal para lograr la reparación de los daños al patrimonio público de quienes no tienen la calidad de gestores fiscales, pues la vigilancia y control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, se realiza únicamente sobre la gestión fiscal de la administración pública y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos del Estado.

1. Bajo ese entendimiento, en los términos de la redacción del artículo demandado, “la

vigilancia y el control fiscal por mandato constitucional, se realiza sobre quienes realizan gestión fiscal, extender el juicio de responsabilidad fiscal y el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal a particulares que no son gestores fiscales vulnera el artículo 267 de la Constitución Política, lo cual determina la procedencia de la inconstitucionalidad solicitada.”

1. El ciudadano agregó que la vulneración del artículo 267 es más palmaria, porque la norma censurada no es necesaria en el ordenamiento jurídico, en virtud de la existencia de mecanismos judiciales para lograr el resarcimiento de los daños al patrimonio público causado por los particulares que no ejercen gestión fiscal. Por ejemplo, aludió al medio de control de reparación directa que puede ejercer el Estado en contra de tales particulares, atendiendo lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, “que como regla general faculta a los particulares para demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado, dispone en su inciso 3, que ‘Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública’.”¹⁶ (Subraya original)

1. Asimismo, el interviniente expuso que, aunque la disposición demandada pretende la protección del patrimonio “cuando este se afecta por conductas realizadas por quienes no son gestores fiscales, la norma causaría más daño del bien que espera realizar, lo cual pone de presente en mayor medida la violación del artículo 237 de la Constitución Política.”¹⁷ Lo anterior, básicamente por dos situaciones: Primero, por la afectación al principio de igualdad, puesto que se elimina la posibilidad de que la administración acceda a la acción de reparación directa para solicitar la reparación de los daños al patrimonio causados por particulares, es decir, se trata de una situación preferencial en favor del Estado, toda vez que, cuando el escenario es justamente lo contrario, el particular debe acudir al proceso contencioso correspondiente, “mientras que cuando el daño lo causa el particular, se estaría omitiendo la exigencia de una sentencia judicial que declare el deber del particular de reparar al Estado.”¹⁸

1. Además, añadió que se afecta el derecho de defensa de los particulares que no son gestores fiscales, pues no tendrían la posibilidad de ser escuchados de cara a su eventual responsabilidad. Segundo, en atención a la aplicación de los principios de la función pública a los particulares, puesto que los obliga, sin ser gestores fiscales, a observar el cumplimiento de los principios que rigen a la administración, en tanto se trata de una exigencia prevista en el artículo 4 de la Ley 610 de 2000.

1. En tal virtud, el interviniente solicitó a la Corte declarar la inexequibilidad de la norma acusada.

a. Ciudadano Iván Darío Gómez Lee

1. El ciudadano invitado por la Corte como experto para dar su concepto sobre el asunto objeto de examen, explicó que su intervención se concentraría en evaluar las implicaciones que se derivan de permitir que los particulares que no sean gestores fiscales sean objeto de responsabilidad fiscal, siempre que actúen con dolo o culpa grave, en los precisos términos de la norma acusada. Con ese propósito, señaló que analizaría: (i) el concepto de gestor fiscal, (ii) la responsabilidad fiscal en los escenarios de corrupción que suponen el dolo, y (iii) la responsabilidad de los particulares frente a la culpa grave.

1. En relación con el primer punto de estudio, expuso que, el concepto de gestión fiscal es el núcleo tanto del control como de la responsabilidad fiscal, que tiene origen en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política, “y es reconocido así en la legislación, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la doctrina nacional. Sin embargo, es un término poco conocido o desarrollado a nivel técnico en los lineamientos de investigación que imparten las contralorías.”¹⁹ Añadió que dicho concepto fue emitido tomando como fuente principal la Sentencia C-840 de 2001,²⁰ que declaró exequible la expresión (sic) “con ocasión”²¹ contenida en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, “entendiendo que los actos que

declaren la responsabilidad deben tener una conexión próxima y necesaria con la gestión fiscal, sin necesidad de que la persona sea gestor fiscal.”²²

1. En razón de lo anterior, para el ciudadano es notoria la diferencia entre el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 y la expresión “con ocasión de la gestión fiscal” de que trata el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, puesto que el primero de estos “tiene un alcance diferente y es el de hacer responsables fiscales a particulares que no son gestores fiscales [o] ‘sin ser gestores fiscales’. Como lo indico este punto de partida es clarificador para el alcance de este análisis de constitucionalidad.”²³

1. Frente al segundo punto de estudio, el interviniente sostuvo que, de conformidad con la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas, aprobadas y ratificadas por Colombia por la Leyes 412 de 1997 y 970 de 2005, respectivamente, a los Estados les compete la aplicación de medidas enfocadas a crear, mantener y fortalecer los órganos de control superior, con el propósito de desplegar herramientas para prevenir, detectar y sancionar las prácticas corruptas.

1. En consecuencia, dijo, es posible que el Estado colombiano cree una disposición legal que pretenda recuperar el patrimonio público ante los actos de corrupción dolosos, aspecto que, en principio, podría conllevar a una declaratoria de exequibilidad parcial bajo una interpretación armónica de las Convenciones de la lucha contra la corrupción. Sobre todo, cuando “[e]s evidente, además, la asociación que el legislador estableció entre el artículo en cuestión y las investigaciones de carácter penal que se adelantan en la Fiscalía General de la Nación. Por ello, el segundo inciso de la norma demandada se refiere a una noticia criminal, es decir, existe una conexión directa con los delitos que se investiguen en la jurisdicción penal.”²⁴

1. Igualmente, en el plano nacional, el interviniente referenció las Sentencias C-172 de 2006

y C-512 de 2013, en las cuales esta Corporación determinó que la prevención del fenómeno de la corrupción es compatible con la Constitución, y se convierte en un mecanismo adecuado e indispensable para el cumplimiento de los fines del Estado.

1. En torno al tercer punto de estudio, expuso que, “un problema que surge de la norma demandada es que la responsabilidad fiscal se extiende al particular ‘sin ser gestor fiscal’ en eventos en que sus conductas u omisiones se despliegan a título de culpa grave más no de dolo/corrupción. Dejar abierta la responsabilidad fiscal de particulares, en los términos del artículo 37, desbordaría la Constitución Política, y, contribuiría aún más a ese profundo vacío que existe en la legislación y que a la vez ha sido un factor de incertidumbre y de inseguridad jurídica.”²⁵ Esto, tras tener en cuenta que, tanto la doctrina, como la ley, guardan silencio sobre el tratamiento de los particulares como gestores fiscales, razón por la cual, “cada contraloría vincula al particular, o a la persona jurídica o a sus directivos indistintamente, sin referentes claros de culpabilidad.”²⁶

1. De otro lado, dijo, se presenta otro problema relacionado con el concepto de gestión fiscal alrededor de la conducta, puesto que la Ley 610 de 2000 no define sus modalidades (dolo y culpa grave) en materia de responsabilidad fiscal, “pero sí los estableció como criterios de imputación. Por esta razón, será necesario que el operador jurídico, en cada caso, realice una aproximación a la definición o a la concepción de estas nociones, con la finalidad de determinar en qué momento se está ante una conducta dolosa o gravemente culposa. La conducta en la responsabilidad fiscal tiene así uno de los vacíos más protuberante.”²⁹ De ahí, la necesidad de la aplicación del principio de especialización técnica contenido en el artículo 3 del Decreto Ley 403 de 2020 que establece que el control fiscal debe ser técnico y no político.

1. Por último, concluyó argumentando que, “[e]s manifiesta la incompatibilidad de la norma

demandada con la Constitución Política colombiana y con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. No obstante, en el marco de las convenciones de lucha contra la corrupción que fueron analizadas, en armonía con el bloque de constitucionalidad, cabe una responsabilidad patrimonial para los particulares que obran con dolo en actos de corrupción,”³⁰ motivo por el que, en caso de decretarse la inconstitucionalidad de la norma acusada, sea esta la oportunidad para que la Corte Constitucional genere una guía relacionada con el control fiscal técnico y garantista, en armonía con lo dicho por la Corte en las Sentencias C-308 de 1994 y C-181 de 2002, relativas al régimen especial de los particulares en el manejo de los recursos del Estado.

a. Universidad Libre de Colombia³¹

1. Esta institución interviniente señaló que el artículo 119 de la Constitución Política prevé que la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado del Estado. Sumado a ello, el artículo 267 de la Constitución establece que: “La vigilancia y el control fiscal son una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. (...)”.

1. Consecuentemente, indicó que la Contraloría General de la República ejerce la vigilancia y control fiscal sobre los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos y el artículo 268 de la Constitución prevé, como atribución de esta entidad: “Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación”. En esa medida, “[u]na interpretación sistemática de la Constitución permite concluir que la Contraloría General sí tiene la función de control y vigilancia de los recursos públicos, ya sea en cabeza de un servidor público o un de particular siempre y cuando ejerzan la gestión fiscal.”³²

1. Adicionalmente, dijo que el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, define el proceso de responsabilidad fiscal como “el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. También hizo alusión al artículo 3 de la misma Ley que establece que, “la gestión fiscal, es 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 (...)”.

1. Luego, enumeró los elementos de la responsabilidad fiscal contenidos en el artículo 5 de la Ley 610 de 2000, y, más adelante, transcribió el artículo 6 de la misma el cual prevé que, “se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recurso públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado (...)”.

1. Sumado a lo anterior, acudió a las Sentencias C-840 de 2001, C-619 de 2002 y C-338 de 2014, con el propósito de exponer la visión constitucional sobre la finalidad y la naturaleza de la responsabilidad fiscal, bajo la relación directa que esta conlleva con la gestión fiscal o con ocasión de esta, como elemento determinante para la imputación de un posible detrimento al patrimonio público. Por lo tanto, dijo, “si se trae a colación la definición de gestión fiscal y la naturaleza y finalidad de la responsabilidad fiscal, en donde recae sobre los servidores públicos o particulares que ‘manejen o administren recursos o fondos públicos’, los cuales deben ser protegidos de su detrimento, es notorio que el art. 37 de la Ley 2195 reñiría con la Constitución y con las leyes especiales de gestión fiscal. La norma demandada le imputa responsabilidad fiscal a un particular que no está en el marco de la gestión fiscal: es un particular que no maneja o administra recursos o fondos públicos. Esta norma le cambia el

régimen de responsabilidad a los ciudadanos pues la ley presume a muchos ciudadanos como gestores fiscales a quienes se les puede imputar cualquier conducta de responsabilidad fiscal.”³³

1. De esa manera, la Universidad Libre, además de mencionar que el Estado cuenta con otras herramientas para proteger el patrimonio cuando los particulares, directa o indirectamente lo lesionen, concluyó que el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 es inconstitucional, puesto que vulnera la naturaleza y el objeto de la responsabilidad fiscal, en los términos de la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación.

a. Ciudadano Carlos Alberto Atehortúa Ríos

1. Inicialmente, el interviniente expresó que comparte los argumentos de la demanda y, enseguida, expuso que el control fiscal se encuentra regulado por los artículos 119, y 267 a 274 (reformados por el Acto Legislativo 04 de 2019) de la Constitución que lo definen como una función autónoma e independiente, distinta de las funciones ordinarias del Estado, e instituido concretamente para la vigilancia y el control de la gestión fiscal tanto de los servidores públicos como de los particulares que administren bienes, fondos o recursos públicos.

1. De ese modo, para el ciudadano Atehortúa Ríos, “[s]in duda alguna la norma citada contraviene en forma grave el ordenamiento jurídico, al ampliar indebidamente las competencias de la Contraloría General de la República y permitirle conocer de conductas dañosas originadas en los particulares (i) sin condicionarla como lo hace la Constitución a que estén encargados de la ‘administración de bienes, fondos o recursos públicos’ y (ii) al ampliar el ámbito de control a actuaciones en la que los particulares ‘no realizan gestión fiscal’, esto es ampliándolas a todo tipo de responsabilidad civil patrimonial, que sin duda el ordenamiento jurídico colombiano ha reservado a los jueces.”³⁴

1. El interviniente afirmó que, con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 04 de 2019 y del Decreto Ley 403 de 2020, la Contraloría General de la República fue investida de instrumentos que le permiten: (i) deducir la responsabilidad patrimonial derivada de la gestión fiscal y “(ii) una función sancionatoria administrativa fiscal, que no tiene como objeto indemnizar el patrimonio público afectado, sino sancionar a las personas que interfieren en el adecuado ejercicio de la función fiscal (...).”³⁵

1. En lo que atañe al asunto en concreto, el ciudadano acotó que el concepto de gestión fiscal obedece a una competencia jurídica definida en la Ley 610 de 2000 y desarrollada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2001. Además, citó la Sentencia C-167 de 1995 en la cual esta Corporación precisó el alcance de la competencia del control fiscal sobre los particulares, como también, las Sentencias C-1176 de 2004 y SU-431 de 2015, para concluir que, “no solo existen fundamentos de derecho positivo, sino que además se encuentran (sic) suficiente fundamento en el precedente de la Corte Constitucional, para que prosperen las pretensiones de la demanda y se proceda a declarar (sic) la inexequibilidad del artículo 37 de la Ley 2195.”³⁶

a. Cámara Colombiana de la Infraestructura³⁷

1. Esta entidad adujo que de la lectura de la disposición demandada “resulta claro que desconoce abiertamente lo dispuesto en el artículo 267 de la Constitución Política, el cual designa en cabeza de la Contraloría General de la República la función pública de vigilar y controlar fiscalmente ‘la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos’.”³⁸

1. Asimismo, subrayó que, de las funciones atribuidas al Contralor General de la República, previstas en el artículo 268 de la Constitución Política, se puede extraer la de “establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal” sobre las personas o entidades públicas o privadas que administren fondos o bienes públicos, razón por la cual, “llama profundamente la atención que mediante el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 se extiendan las funciones de vigilancia de la gestión fiscal, constitucionalmente otorgadas a la Contraloría General de la República sobre la gestión de unos actores específicos, a las personas naturales que, sin ser gestores fiscales, ocasionen daños a los bienes públicos inmuebles o muebles.”³⁹

1. Aunque la entidad interviniente argumenta comprender la finalidad perseguida por la norma, considera que ello no puede realizarse sobre la base de la trasgresión a la Constitución, puesto que, “si lo que se pretende es la protección del patrimonio público, sean bienes muebles o inmuebles, existen medios policivos e incluso penales dispuestos por el legislador para la consecución de tal fin, y que no exceden el contenido de la Constitución sobre el particular.”⁴⁰ Por lo tanto, afirmó que, contrario a fortalecer la protección del patrimonio público, lo que sí conlleva la norma censurada es una vulneración del debido proceso y el derecho al juez natural, en los términos previstos por esta Corporación en la Sentencia C-537 de 2016.

1. Por otra parte, expuso que el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 no puede ser un complemento del artículo 7 de la Ley 610 de 2000, puesto que, salvo la pretensión de establecer responsabilidad fiscal a los particulares que no ejercen gestión fiscal, ambas disposiciones son similares, por lo que la primera no tiene sentido en el ordenamiento jurídico.

1. Por lo expuesto, solicitó a la Corte declarar la inexequibilidad de la norma acusada.

Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad

a. Contraloría General de la República⁴¹

1. La Contraloría General de la República explicó que su intervención se divide en dos ítems: primero, proponer a la Corte la declaratoria de ineptitud de la demanda y, segundo, demostrar que el cargo presentado por el actor analizó de manera aislada la disposición acusada, sin tener en cuenta que esta tiene como finalidad la protección del interés general, materializado en la defensa del patrimonio público.

1. En relación con el primer ítem, señaló que el cargo, aunque cierto y claro, no cumple los requisitos de especificidad, pertinencia y suficiencia, “en los mismos términos que lo advirtió el magistrado ponente en el auto de 2 de mayo; pues la demanda se limita a manifestar que el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 vulnera los artículos 267 y 268 numeral 5 de la Constitución en abstracto, dejando de explicar las razones por las cuáles ese sentir tiene un efecto en el ordenamiento nacional.”⁴²

1. En lo referente a la especificidad, anotó que el demandante no observó que las disposiciones de la Constitución que estima transgredidas, se refieren a la noción de gestión fiscal como un requisito de los particulares para ser sujetos de responsabilidad fiscal, y no, a la figura del gestor fiscal. Además, que la norma objetada no debe leerse de manera independiente, sino sistemáticamente, puesto que, “junto con los artículos 267, 268 y 272 de la Carta, los cánones de rango constitucional tales como el 1o y el 209 relativos a la prevalencia del interés general y a la función pública al servicio de éste, el 6 que establece el principio de responsabilidad jurídica, y el 88 que eleva a rango constitucional el patrimonio público como derecho e interés colectivo, cuya defensa corresponde a la ciudadanía y a los órganos de control fiscal.”⁴³

1. Frente a la pertinencia, explicó que, en consonancia con el Auto del 2 de mayo de 2022, el actor no logró identificar las contrariedades existentes entre la jurisprudencia constitucional y la disposición censurada, pues solamente referencia las primeras. En ese sentido, estimó que, si bien esta Corporación ha enfatizado en el concepto de gestión fiscal como requisito necesario para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal, también lo es “que este tipo de actuación administrativa no está ligada exclusivamente al concepto de gestor fiscal como lo pretende hacer ver el actor.”⁴⁴

1. En torno a la suficiencia, el interviniente añadió que, “es claro que el cargo expuesto se limita a señalar una aparente contradicción entre el texto legal que alude al particular que no sea gestor fiscal y las disposiciones constitucionales que hacen referencia a la responsabilidad fiscal de los particulares que realizan gestión fiscal.”⁴⁵ Lo anterior, por cuanto se abordan los conceptos de “gestión fiscal” y “gestor fiscal” como sinónimos, aspecto que no se deriva del texto constitucional ni de las normas que los regulan, y, además, porque se desconoce la complejidad en la defensa del patrimonio público, “en escenarios en los cuales, por ejemplo, un particular que no es gestor fiscal, resulta beneficiado por una trama de corrupción como ha ocurrido en recientes casos de conocimiento público.”⁴⁶

1. Por otra parte, en lo atinente al segundo ítem (defensa del patrimonio público), la Contraloría General de la República expuso la naturaleza jurídica del concepto de patrimonio público, con apoyo en la Sentencias C-555 de 2013 y C-207 de 2019 proferidas por la Corte Constitucional, indicando que este se compone por los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables que hacen parte del territorio colombiano y la totalidad de los que fungen como propiedad del Estado en cualquiera de sus entidades, tanto en el orden central como en el descentralizado, es decir, aquellos que interesan para el cumplimiento de las atribuciones estatales y cuya defensa se considera como un interés general. Esta última, la Constitución la asignó a la Contraloría General de la República, quien tiene la función de proteger el erario, garantizando y verificando la correcta ejecución de los recursos públicos,

en el marco de un modelo de control fiscal amplio (respecto al alcance y a los sujetos de control) e integral (que abarca la totalidad del proceso de gestión de los recursos públicos).

1. Luego, la entidad interviniente se ocupó de comentar los pronunciamientos de esta Corporación relativos a la definición de control fiscal, por ejemplo, la Sentencia C-529 de 2006,⁴⁷ para significar que, “es claro que el elemento que legitima y fundamenta el control fiscal, no está asociado a la naturaleza de los sujetos que administran los recursos, sino a la de estos últimos, entendidos como aquellos que permiten alcanzar el cumplimiento de los deberes del aparato estatal.”⁴⁸ En consecuencia, manifestó que la noción de gestión fiscal y daño al patrimonio son elementos fundantes de la responsabilidad fiscal, los cuales, no pueden ser desligados de conformidad con su propio desarrollo legal, la previsión del numeral 5 del artículo 267 de la Constitución,⁴⁹ y la jurisprudencia constitucional que se ha encargado de fortalecer su contenido.

1. Adicionalmente, la Contraloría General de la República expresó que, dentro del concepto de gestión fiscal se encuentra el denominado: “gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna”, que supone la inexistencia de limitación sobre el sujeto que pueda causarlo, tal y como, según su criterio, fue puesto de presente en la Sentencia C-840 de 2001. Igualmente, anotó que la Sentencia C-340 de 2007, analizó la expresión “uso indebido”, señalando que, según esta Corporación, aunque inexecutable ese aparte, era un elemento esencial de la responsabilidad fiscal.

1. Finalmente, y con fundamento en lo anteriormente expuesto, la entidad interviniente puntualizó que, el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 tiene como objetivo la búsqueda del resarcimiento del daño causado a los bienes públicos muebles e inmuebles, sobre todo, porque hace “parte del capítulo VI concerniente al fortalecimiento administrativo para la lucha contra la corrupción, el cual es un fenómeno que está en constante dinamismo para eludir los controles establecidos; y que debe ser enfrentado con una permanente

actualización de las herramientas entregadas por el legislador.”⁵⁰ Y, Además, dado que dicha disposición es un complemento legal que le otorga herramientas a la Contraloría General de la República para llevar a cabo de manera efectiva la protección del patrimonio.

1. Así entonces, solicitó a la Corte como petición principal, inhibirse de proferir un pronunciamiento de fondo y, de manera subsidiaria, en caso de considerar la admisión del cargo formulado por el demandante, declarar la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022.

a. Ciudadano Sigifredo Chavarriaga Sierra⁵¹

1. Para el ciudadano interviniente, la norma acusada se ajusta a la Constitución, “si se interpreta en el sentido de que: El particular que sin ser gestor fiscal, participe, concurra, incida, contribuya u ocasione daños a los bienes públicos inmuebles o muebles, cuya disponibilidad jurídica y material este radicada en cabeza de un gestor fiscal, podría ser objeto de responsabilidad fiscal. En otras palabras, ¿El particular puede válidamente vincularse a un proceso de responsabilidad fiscal por causa de una gestión fiscal indirecta?”⁵²

1. Señaló que el problema jurídico que debe resolverse, se encamina a considerar si es inconstitucional el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 por prescribir que los particulares, sin ser gestores fiscales, puedan ser sujetos pasivos del proceso de responsabilidad fiscal “cuando incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al a los bienes públicos inmuebles o muebles cuando están a cargo de un gestor fiscal. Para la defensa, la respuesta es negativa”,⁵³ en tanto que el legislador, “en ejercicio de sus competencias definió el proceso de responsabilidad fiscal como el ‘conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la

responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando (sic) en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta’.”⁵⁴

1. Sobre esa base, el interviniente sostuvo que, las expresiones: “con ocasión de esta” y “contribuyan”, contenidas en los artículos 1 y 6 de la Ley 610 de 2000, respectivamente, fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-840 de 2001, indicando que, frente a la primera de ellas, sólo se justifica en aquellos actos que comporten una “relación de conexidad próxima y necesaria para el desarrollo de la gestión fiscal”. Por lo tanto, en criterio del ciudadano Chavarriaga Sierra, el enunciado del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 se refiere a los daños causados a bienes públicos inmuebles o muebles y no a otros actos de gestión fiscal descritos en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, más aún, cuando el artículo 7 de la misma disposición prevé que, “[e]n los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables”.

1. Bajo ese aspecto, para el interviniente, el artículo 37 censurado es una norma complementaria del artículo citado en precedencia, puesto que vincula al particular que, por causa o con ocasión de la gestión fiscal, participe, incida o contribuya directa o indirectamente a la realización del daño causado al patrimonio del Estado, por lo tanto, su esencia no corresponde a la calidad de gestor fiscal directo, especialmente, al tener en cuenta que la responsabilidad fiscal tiene dos fuentes: (i) los actos derivados del artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y (ii) los casos de que trata el artículo 7 de esa normativa y el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, esta última, que se refiere a “bienes públicos inmuebles o muebles, es decir la gestión irregular y el daño eventual debe recaer sobre bienes, no sobre intereses patrimoniales de la entidad, aunque de manera remota sí los lesione.”⁵⁵

1. En ese sentido, en criterio del interviniente, la competencia de las contralorías, además de evaluar los aspectos descritos en el artículo 119 de la Constitución, también “pueden derivar responsabilidad fiscal cuando un particular o un gestor fiscal en ejercicio de actos de gestión

fiscal o con ocasión de ella, causen un daño a los bienes públicos inmuebles o muebles,”⁵⁶ según el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política, cuando previó: “5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación”. Por consiguiente, “un particular puede ser vinculado al proceso de responsabilidad fiscal en dos situaciones: i) Gestión fiscal directa derivada (sic) da función asignada por la ley o el contrato y ii) Gestión fiscal indirecta derivada de la contribución o con ocasión de la gestión fiscal a cargo de un servidor público.”⁵⁷

1. Luego de citar un aparte de la Sentencia C-840 de 2001, en la cual esta Corte expresó que, “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”, el ciudadano dedujo la reglas que, en su criterio, se pueden extraer de dicha providencia.⁵⁸

1. Por otra parte, el interviniente referenció las Sentencias C-499 de 1998 y C-286 de 2017, relacionadas con la conceptualización del principio del efecto útil de las normas,⁵⁹ para concluir que, “una interpretación que conllevara a la inexequibilidad pura y simple del artículo demandado, llevaría a estos efectos i) Que el artículo 268.5 no tendría eficacia práctica en cuanto a la gestión fiscal de particulares, pese a que con su conducta participaron o contribuyeron a la realización del daño, ii) Que los desarrollos legislativos contenidos en los artículos 1, 3, 6, 7 de la Ley 610 de 2000 y 37 de la Ley 2195 de 2022 y demás normas concordantes no son aplicables a los a particulares que contribuyan a la realización del daño fiscal, contrario al espíritu del legislador, y al precedente obligatorio de la Corte Constitucional.”⁶⁰

1. Finalmente, presentó ante la Corte dos peticiones: (i) una principal, en la que consideró que, para el caso de estudio es posible la aplicación de dicho principio, declarando la constitucionalidad pura y simple de la disposición demandada, y, (ii) otra subsidiaria,

consistente en decretar la exequibilidad condicionada de la norma enjuiciada, en los siguientes términos: “Los particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público y que, sin ser gestores fiscales, con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos inmuebles o muebles, serán objeto de responsabilidad fiscal, siempre y cuando la conducta dañosa esté vinculada a actos de gestión fiscal.”⁶¹

Intervención que solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada

a. Universidad de Cartagena⁶²

1. Esta Universidad señaló que el Acto Legislativo 04 de 2019 se ocupó de introducir una importante reforma al control fiscal. Para ello, citó el artículo 1 de dicho Acto que modificó el artículo 267 de la Constitución. Adicionalmente, mencionó los artículos 2 y 7 del Decreto 403 de 2020,⁶³ con la finalidad de exponer, entre otros aspectos, las modalidades (posterior y selectiva) del control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, y ámbito de aplicación (preventivo y concomitante), para la defensa del patrimonio público. Igualmente, para significar la definición legal del control fiscal, entendida como una “función pública de fiscalización de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, que ejercen los órganos de control fiscal de manera autónoma e independiente de cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa, con el fin de determinar si la gestión fiscal y sus resultados se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y normatividad aplicables y logran efectos positivos para la consecución de los fines esenciales del Estado (...).”⁶⁴

1. Así entonces, señaló que los elementos de la responsabilidad fiscal, son: (i) una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concurre, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño al patrimonio del Estado; (ii) un daño patrimonial al Estado; y (iii) un nexo causal entre los

anteriores elementos.

1. En tal sentido, la Universidad de Cartagena consideró que la norma objeto de debate constitucional centra su objetivo en la responsabilidad fiscal de los particulares, la cual se encuentra íntimamente ligada al concepto de gestión fiscal, según lo expuesto por esta Corporación en la Sentencia C-840 de 2001, que declaró exequible la expresión “con ocasión de esta”, contemplada en el artículo 1 de la Ley 610 de 2000, “en la que se dijo que el fundamento de 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 tenga poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puesto a su disposición.”⁶⁵

1. Como sustento de su posición, la institución interviniente citó un pronunciamiento del Consejo de Estado, en el cual se especificó que la Contraloría General de la República, “como ente de control fiscal, tiene que identificar a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores o particulares. Para establecer la responsabilidad fiscal, se requiere examinar si la conducta comporta gestión fiscal o guarda alguna relación de conexidad con esta.”⁶⁶

1. En síntesis, la Universidad de Cartagena consignó en su intervención, que los particulares son sujetos de responsabilidad fiscal cuando: (i) manejen fondos públicos, y (ii) participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de estos. Por consiguiente, al tenor de la redacción del artículo demandado, “se debe entender, que dicha participación, contribución, concurrencia o incidencia en la producción del daño al patrimonio público sea en el marco de la gestión fiscal ejercida por servidores públicos, o de otros particulares que manejen fondos o bienes públicos,”⁶⁷ pues de lo contrario, y de una lectura aislada, este sería inconstitucional.

1. Por lo expuesto, solicitó declarar la exequibilidad condicionada del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, bajo el entendido anteriormente expuesto.

A. Concepto del Ministerio Público⁶⁸

1. La Señora Procuradora General de la Nación solicitó declarar la exequibilidad de la norma acusada, por cuanto esta “corresponde a un desarrollo legítimo de los mandatos superiores, que en virtud de lo dispuesto en su parte final, no puede ser interpretada de manera aislada, sino que debe ser entendida conforme a las ‘normas que desarrollan’ el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal, entre ellas, las diferentes disposiciones de la Ley 610 de 2000 frente a las cuales la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones para fijar su alcance en tratándose de particulares.”⁶⁹

1. Como fundamento de su exposición, para el Ministerio Público la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de señalar que la finalidad primordial de la vigilancia y el control fiscal recae en la preservación del patrimonio público, por lo cual, en principio, no es relevante la naturaleza jurídica de quien produce los daños en contra este, sino su resarcimiento, según lo dicho en la Sentencia C-529 de 2006. Adicionalmente, señaló que, “si bien por regla general, la configuración de las responsabilidades está asociada a la calidad de gestor fiscal del servidor público o particular causante del daño patrimonial al Estado, lo cierto es que, excepcionalmente, la misma puede presentarse sin que concurra tal condición sobre el individuo en aquellos eventos en los que los actos que genere la afectación de los bienes o recursos públicos guarden vínculo de conexidad próxima y necesaria con respecto al ejercicio de la gestión fiscal.”⁷⁰

1. Además de lo expuesto, referenció la Sentencia C-840 de 2001, que consideró que no era contrario a la Constitución Política que la Contraloría General de la República lleve a cabo juicios de responsabilidad fiscal en contra de quienes no realizan gestión fiscal de manera

directa, siempre que los actos dañosos comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para el desarrollo de la gestión fiscal.

1. Así, la señora Procuradora General de la Nación sostuvo que “es claro que las normas constitucionales contemplan un sistema de control y vigilancia fiscal dirigido a salvaguardar el patrimonio público, el cual no sólo tiene cobertura sobre los funcionarios públicos que ostentan la calidad de gestores fiscales, sino que también se extiende sobre los particulares, incluso si no tienen dicha condición, en los eventos en los que sus actos sean conexos con la gestión fiscal.”⁷¹

1. Señaló que el demandante no tuvo en cuenta el carácter amplio e integral del modelo de vigilancia y control existente en la Constitución, que autoriza a las contralorías adelantar procesos de responsabilidad fiscal en contra de particulares, aunque no ejerzan gestión fiscal. No obstante, aclaró que, “no cualquier particular puede resultar fiscalmente responsable, ya que tal posibilidad está restringida a aquel que tengan (sic) un vínculo de tal entidad con un servidor público o con un privado que administren bienes del Estado, el cual le permita participar, concurrir, incidir, contribuir directa o incidir, contribuir directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público de manera dolosa o gravemente culposa, es decir, en casos evidentes de corrupción que involucren particulares.”⁷²

A. Recapitulación de intervenciones

1. A continuación, se realiza una síntesis de las intervenciones presentadas en el proceso que aborda la Sala Plena, y el concepto de la Procuraduría General de la Nación:

Interviniente

Solicitud o Concepto

Petición subsidiaria

Jorge Hernán Opina Zapata

Inexequibilidad

-

Juan Diego Buitrago Galindo

Inexequibilidad

-

Iván Darío Gómez Lee

Inexequibilidad

Universidad Libre

Inexequibilidad

-

Carlos Alberto Atehortúa Ríos

Inexequibilidad

-

Cámara Colombiana de Infraestructura

Inexequibilidad

-

Contraloría General de la República

Inhibición

Exequibilidad

Sigifredo Chavarriaga Sierra

Exequibilidad

Exequibilidad condicionada

Universidad de Cartagena

Exequibilidad condicionada

Procuraduría General de la Nación

Exequibilidad

-

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la solicitud de inexequibilidad del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022.

A. Cuestiones previas

1. Previo al estudio de mérito, la Corte se referirá a dos asuntos liminares, el primero relativo a la aptitud de la demanda, esto teniendo en cuenta que la Contraloría General de la

República solicitó la inhibición. Y el segundo, concerniente a la necesidad de integrar la unidad normativa.

i. Análisis de la aptitud sustantiva de la demanda

1. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que,⁷³ aunque inicialmente es el auto admisorio -proferido únicamente por el Magistrado Sustanciador-, el escenario para analizar y definir si una demanda de inconstitucionalidad cumple con los requisitos mínimos de procedencia contenidos en el Decreto 2067 de 1991,⁷⁴ lo cierto es que la decisión que en ese momento se adopte no compromete la competencia de la Sala Plena de la Corte para pronunciarse nuevamente sobre ese tema, en atención a su atribución de decidir de fondo las acciones de inconstitucionalidad presentadas por los ciudadanos contra las leyes y los decretos con fuerza de ley a los que se refieren los numerales 4 y 5 del artículo 241 de la Constitución Política.

1. Por consiguiente, dicho examen de aptitud también puede ser estudiado en la respectiva sentencia, “teniendo en cuenta que en algunas oportunidades el incumplimiento de los requisitos formales y materiales de la acusación no se advierten desde un principio, o los mismos suscitan dudas, o se prefiere darle curso a la acción para no incurrir en un eventual exceso formal frente al derecho de acción de los ciudadanos. Lo anterior, con el fin de asegurar que, una decisión de esta entidad, en caso de que a ella haya lugar, sea adoptada por la Sala Plena, con un análisis acompañado de mayor detenimiento, unidad y profundidad, a partir del examen de las distintas intervenciones y conceptos que integran el expediente.”⁷⁵

1. Realizada la anterior precisión, a continuación, la Sala Plena, con la finalidad de revisar si la presente demanda es sustantivamente apta, se ocupará de analizar los requisitos que deben cumplir los cargos formulados en las demandas de inconstitucionalidad, con el propósito de propiciar un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación, es decir,

aquellas razones que comportan el concepto de violación.⁷⁶

1. De acuerdo con lo anterior, el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, precisa que dichas demandas deben presentarse por escrito, y cumplir los siguientes requisitos: (i) señalar las normas que se cuestionan y transcribir literalmente su contenido o aportar un ejemplar de su publicación oficial; (ii) especificar los preceptos constitucionales que se consideran infringidos; (iii) presentar las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) si la acusación se basa en un vicio en el proceso de formación de la norma demandada, se debe establecer el trámite fijado en la Constitución para expedirlo y la forma en que éste fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

1. En lo referente al tercero de tales requisitos (concepto de violación), este involucra una carga material que exige la presentación de unos mínimos argumentativos que le permitan a la Sala Plena adoptar una decisión de mérito. De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esa Corte, los requisitos en comento son: (i) claridad, que exige la existencia de una secuencia conductora que permita un fácil entendimiento de las razones de la demanda; (ii) certeza, que se presenta cuando la censura recae sobre una proposición jurídica real y no como resultado de una inferencia subjetiva por parte del demandante; (iii) especificidad, que significa mostrar de forma explícita la manera como la norma demandada vulnera la Constitución Política, lo que excluye argumentos genéricos, globales y abstractos; (iv) pertinencia, cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no de estirpe legal, doctrinal, de conveniencia o de mera implementación; y (v) suficiencia, cuando la demanda tiene un alcance persuasivo, es decir, que logra suscitar una duda mínima sobre la inconstitucionalidad de la norma demandada.⁷⁷

1. Ahora, en la Sentencia C-065 de 2021, la Corte reiteró que estas exigencias, “(...) no resultan contrarias al carácter público de la acción de inconstitucionalidad, sino que responden a la necesidad de establecer una carga procesal mínima que tiene como finalidad

permitir que la guardiana de la Constitución pueda cumplir de manera eficaz las funciones que le han sido asignadas en esta materia por la Constitución Política.”⁷⁸ No obstante, la Corte también ha puesto de presente que la verificación de dichos requisitos, no debe realizarse de forma demasiado estricta, puesto que esta se encuentra “regida por el principio *pro actione*⁷⁹ que obliga a no proceder con excesivo rigor al examinar el cumplimiento de los requisitos de la demanda, prefiriendo una decisión de fondo antes de la inhibitoria, pues esta última podría restringir el derecho de participación ciudadana y frustrar el acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte, dando lugar a una suerte de denegación de justicia constitucional.”⁸⁰

1. Señalado lo anterior, luego de revisada la argumentación de la demanda presentada por el ciudadano Martín Alonso García Agudelo, como fundamento del cargo único formulado ante la Corte, como también, las consideraciones del Auto inadmisorio del 2 de mayo de 2022 y el Auto admisorio del 24 del mismo mes y año, la Sala Plena considera que la demanda es sustantivamente apta, dado que cumple con cada uno de los requisitos enunciados, así:

1. Respecto del requisito de claridad, la demanda presenta razones que permiten comprender la motivación del ciudadano para considerar que el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 transgrede los artículos 4, 119, 267, 268.5, y 272 de la Constitución Política, pues explica que la supuesta contrariedad radica en predicar de los particulares responsabilidad fiscal sin que sean gestores fiscales cuando, con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos, inmuebles o muebles, en los términos del artículo 40 de la Ley 610 de 2000 y demás normas que desarrollan la materia,⁸¹ puesto que dentro de las atribuciones del Contralor General de la República, solo se encuentra la de “[e]stablecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.”⁸²

1. En lo atinente al requisito de certeza, el artículo 37 de la ley 2195 de 2022 es una norma

real y existente en el ordenamiento jurídico colombiano, es decir, que la misma no ha sido objeto de interpretación y/o inferencia por el actor, sobre todo, porque la inconstitucionalidad de la cual se fundamenta aquel para presentar la demanda, recae fundamentalmente en el análisis de la expresión: “sin ser gestores fiscales”, relativa a la responsabilidad fiscal por parte los particulares.

1. Frente al requisito de especificidad, la argumentación abordada por el actor no es global ni abstracta, y, por el contrario, expone razones de contenido concreto de cara a sustentar la inconstitucionalidad del artículo demandado, toda vez que, toma como sustento tanto la normativa que rige los procedimientos de control fiscal, como la Ley 610 de 2000, la Ley 1474 de 2011, el Acto Legislativo 04 de 2019 y el Decreto Ley 403 de 2020, como la jurisprudencia constitucional sobre esa materia, como la contenida, por ejemplo, en las Sentencias C-167 de 1995, C-840 de 2001, y C-103 de 2015.

1. En torno al requisito de pertinencia, la discusión que presenta el accionante se soporta en un debate de raigambre constitucional, en la medida en que, el parámetro de control que utiliza se constituye en una posible extralimitación en las atribuciones que la propia Constitución le ha conferido a la Contraloría General de la República, relacionada con la posibilidad de iniciar procesos de responsabilidad en contra de particulares que no sean gestores fiscales, según el contenido del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022.

1. En consecuencia, la Sala Plena comprueba que, en el asunto bajo análisis, se tiene por cumplido el requisito de suficiencia, en la medida en que, las razones esbozadas en la demanda, más el cumplimiento de las demás exigencias, se logra suscitar una mínima duda sobre la inconstitucionalidad de la norma acusada.

i. Análisis sobre la necesidad de hacer uso de la integración normativa

1. En el control abstracto de constitucionalidad que realiza la Corte Constitucional a partir del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, es el ciudadano quien solicita que, a la luz de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, decida sobre la constitucionalidad de “(...) las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.” Es decir, se trata de una función jurisdiccional que se activa por intermedio de la demanda de inconstitucionalidad.⁸³

1. Así entonces, a partir de las acciones públicas de inconstitucionalidad, las normas que los ciudadanos señalan como demandadas, en observancia del requisito fijado en tal sentido en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 sobre el concepto de la violación, orientan, en general, el ámbito de actuación de la Corte.⁸⁴

1. No obstante, en la parte final del inciso 3 del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, se estableció que “la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.” A partir de esta disposición, esta Corporación puede ampliar el ejercicio de su poder de control abstracto a otras disposiciones no demandadas de forma expresa en la acción pública de inconstitucionalidad. Este ejercicio de integración normativa es excepcional y con él se pretende garantizar, a su vez, los principios de seguridad jurídica y economía procesal.⁸⁵ Esta integración se hace al momento de proferir la sentencia.

2. Mediante dicha integración se pretende conservar la uniformidad del ordenamiento, al incluir en el análisis de constitucionalidad otras disposiciones no demandadas explícitamente pero que requieren ser incluidas, de forma que la sentencia de inconstitucionalidad que se profiera no deje de pronunciarse: (i) sobre alguna materia que pertenezca al mismo ámbito de análisis⁸⁶ o, (ii) sobre alguna disposición respecto de la cual se formule eventualmente el mismo problema jurídico. Como puede advertirse, al efectuar la integración normativa también se procura evitar el desgaste de la administración de justicia.⁸⁷

1. De lo expuesto hasta ahora, el primer presupuesto que debe concurrir para que la Corte pueda hacer uso de la facultad de integración de la unidad normativa, consiste en que se haya formulado al menos un cargo de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones con las cuales se habrá de realizar la integración.⁸⁸

1. Bajo ese aspecto, la integración normativa puede producirse en dos modalidades: (i) la integración de la proposición jurídica completa y (ii) la integración de la unidad normativa.⁸⁹ La primera modalidad, está “(...) dirigida a completar el sentido de la disposición acusada con otros enunciados normativos inescindiblemente relacionados con ella, con miras a asegurar que el control recaiga sobre un precepto con un alcance regulador autónomo e inteligible.” La segunda, a su vez, está prevista “(...) para extender el efecto de la decisión a otras disposiciones de igual o similar contenido normativo (respecto de las cuales se) busca preservar el principio de supremacía constitucional, garantizar la seguridad jurídica y, en ciertos casos, evitar que el fallo prive de sentido al texto legal acusado”⁹⁰ (énfasis propio).

1. Entonces, la integración de la unidad normativa, puede efectuarse en cualquiera de las siguientes situaciones: (i) cuando la disposición acusada se encuentre reproducida en otras disposiciones que no fueron acusadas en la acción; (ii) cuando la disposición demandada se encuentra relacionada de forma estrecha con otra que, a primera vista, genera dudas serias acerca de su constitucionalidad; y, (iii) cuando la disposición acusada no tenga un contenido claro o único, de forma que, para poder entenderlo y aplicarlo, sea imprescindible integrar su contenido con el de otra disposición que no fue demandada.⁹¹ Adicionalmente, en el caso de la segunda hipótesis, también será necesario acreditar “(...) i) que la disposición demandada tenga estrecha relación con los preceptos que no fueron cuestionados y que conformarían la unidad normativa, y ii) que las normas no acusadas parezcan inconstitucionales.”⁹²

1. En consideración de los anteriores requisitos, y con fundamento en la facultad dispuesta al

respecto en el inciso 3 del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, la Sala Plena procede a realizar la integración de la unidad normativa con la proposición completa del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, puesto que, si bien la demanda se presentó formalmente en contra del artículo 37, lo cierto es que materialmente el concepto de la violación recayó únicamente sobre la expresión “sin ser gestores fiscales”. Así, con el propósito de conservar la uniformidad del ordenamiento, es necesario incluir en el análisis de mérito la norma en su conjunto a fin de que la sentencia se pronuncie sobre otros elementos de la norma, entre otros, la competencia general atribuida a la Contraloría General de la República en el artículo 267 de la Carta, como también, la previsión contenida en el inciso sexto de dicho artículo y la remisión al proceso de responsabilidad fiscal en los términos del artículo 4 de la Ley 610 de 2000. De este modo, se completa el sentido del aparte sustentado en la demanda con los demás enunciados normativos, los cuales, se encuentran inescindiblemente relacionados.

1. En síntesis, tras concluir que la demanda en el expediente D-14.763 es sustantivamente apta y la necesidad de realizar la unidad normativa con la proposición jurídica completa, la Corte continuará con el planteamiento del problema jurídico y los fundamentos que tendrá en cuenta para resolver el cargo formulado.

A. Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

1. Le corresponde a la Corte resolver si, de conformidad con los argumentos expuestos en el cargo único de la demanda, el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, desborda las competencias atribuidas a la Contraloría General de la República, al facultarla para tramitar procesos de responsabilidad fiscal en contra de particulares que, sin tener la calidad de gestores fiscales, participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio del Estado, representado, además, en sus bienes muebles e inmuebles.

1. Para resolver dicho problema jurídico, la Sala Plena analizará las siguientes temáticas: (i) Los antecedentes más recientes de la función de control fiscal en Colombia; (ii) el control fiscal en la Constitución de 1991; (iii) el concepto de gestión fiscal; (iv) el gestor fiscal; (v) el poder jurídico habilitante para el ejercicio de la gestión fiscal; (vi) la responsabilidad fiscal; y, el (vii) el contexto de la norma acusada. Cumplido lo anterior, seguidamente, resolverá el cargo formulado en la demanda.

1. Como antecedente reciente de la función de control fiscal en Colombia,⁹³ se encuentra la Ley 42 de 1923, la cual se ocupó de la reorganización de la contabilidad oficial y creó como servicio nacional administrativo el Departamento de Contraloría, independiente de los demás Departamentos administrativos, a cargo de un funcionario denominado Contralor General de la República y de un ayudante denominado Auditor General,⁹⁴ a cuyo cargo estaría ejercer la “competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación, en lo relativo al examen y revisión de todas las deudas y reclamaciones, de cualquier naturaleza, a cargo o a favor de la República, derivados de la Administración activa y pasiva del Tesoro Nacional, y en todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y con la manera de llevar las cuentas de la Nación, la conservación de los comprobantes y el examen e inspección de los libros, registros y documentos referentes a dichas cuentas.”⁹⁵

1. Posteriormente fue expedido el Decreto Ley 911 de 1932, “[p]or el cual se reforman las leyes orgánicas de la contabilidad oficial de la Nación y del Departamento de Contraloría,” que en su artículo 1 determinó que, “[e]l Departamento de Contraloría será una oficina de contabilidad y de control fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización.”

1. Luego, el Acto Legislativo 01 de 1945, al reformar el artículo 209 de la Constitución entonces vigente, determinó que la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración correspondería a la Contraloría General de la República, la cual sería una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal, dirigida por el Contralor General de la República que sería elegido por la Cámara de Representantes. La Ley 20 de 1975, “[p]or la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones,” en su artículo 2, señaló que “El Contralor General de la República, ejercerá sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento”. (resaltado fuera del texto)

1. La frase “a cualquier título”, fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, que mediante Sentencia del 19 de mayo 1987 la declaró inexecutable, luego de considerar que “[r]esultaría a todas luces excesivo que el Control Fiscal se ejercerá sobre todas las personas y entidades privadas, sin distinción alguna, aun en aquellos casos en los cuales no cumplen funciones de gestión fiscal propiamente dicha, pues ello significaría extender las atribuciones del Contralor mucho más allá del ámbito específico que le ha señalado la Carta.”

1. Hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el control fiscal se ejercía de manera previa, perceptiva y posterior, aspecto que con el tiempo demostró “las falencias inherentes a su propia naturaleza, toda vez que paulatinamente esos controles se erigieron como factores lesivos de la autonomía e independencia de los ordenadores del gasto, y en general, de todos aquellos funcionarios que tuvieran facultades decisorias frente al recaudo, administración, manejo y disposición de bienes y rentas estatales. De esta suerte se fue configurando un hacer coadministrativo que a su vez devino en fuente de irresponsabilidad de los cuentadantes para la toma de decisiones frente al gasto y manejo de bienes, amén de las resoluciones contradictorias que la Contraloría ostentaba al tenor de los controles practicados sobre una misma cuenta en forma previa y posterior.”⁹⁶

1. Por otro lado, uno de los aspectos que motivó al Constituyente de 1991 para reformular el papel de la Contraloría General de la República correspondió a que “la práctica fiscalizadora se centraba fundamentalmente en el control numérico legal, esto es, privilegiando las formas y ritualidades sobre todo concepto de gestión.”⁹⁷ Así entonces, en línea con los postulados de los avances del constitucionalismo de la época, se precisaron en el artículo 267 y siguientes de la Carta, “los contenidos básicos del control fiscal, calificándolo como una función pública encomendada a la Contraloría General de la República y a las contralorías territoriales, en aras de vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en sus diferentes órdenes. Igualmente suprime los controles previo y perceptivo, y el criterio de universalidad frente al número de actos a revisar, al disponer expresamente que el control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. En este sentido indica la Carta que la gestión fiscal del Estado incluye 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.”⁹⁸

1. Así entonces, “quedó establecido que en adelante el control fiscal ya no se puede seguir mirando bajo el exclusivo criterio económico-formalista que lo embargó durante tanto tiempo. Antes bien, preciso es reconocer que al tenor del deslinde funcional de competencias y de la colaboración armónica de poderes que contempla el artículo 113 Superior, las contralorías están llamadas a realizar una actividad retroalimentadora en torno a la Administración, vale decir, en términos de valor agregado. Siendo ésta una de las vías idóneas para acceder interinstitucionalmente a crecientes índices de gestión pública, donde, al tiempo que se depura la transparencia de los procedimientos y actuaciones de la Administración, se propicia y facilita el cumplimiento efectivo de los fines del Estado.”⁹⁹

1. En conclusión, el ámbito sobre el cual se fundamenta el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal en el ordenamiento 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 unas 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 incumbe 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. Criterios éstos que en lo pertinente cobijan a los particulares que manejen fondos o bienes del Estado.”¹⁰⁰

i. El control fiscal en la Constitución de 1991

1. En el Estado Constitucional de Derecho no se admite la existencia de poderes absolutos y de potestades, facultades y atribuciones sin control, en tanto que el poder público emana de la soberanía que reside exclusivamente en el pueblo y se ejerce en los términos que la Constitución establece, según lo consignado en su artículo 3 y con fundamento en ella, la ley.

1. En tal virtud, la Constitución Política prevé que tanto el ejercicio de las funciones públicas como la gestión pública, la cual comprende la gestión fiscal, deben ser vigiladas y controladas por el Estado, sea que tales funciones y gestión las cumplan y ejecuten entidades públicas y con ellas los servidores públicos a ellas vinculados por habérselas atribuido el ordenamiento jurídico, o entidades privadas y/o particulares cuando les sean atribuidas por la ley o delegadas por actos administrativos con sujeción a ella. Así mismo, son objeto de vigilancia y control del Estado las actuaciones y gestión de los particulares a los cuales se les atribuye la administración, manejo y disposición de bienes y recursos de origen y naturaleza pública, así tales actividades y gestión pública no comporten el ejercicio de funciones públicas. Para tal efecto, existen, entre otras, la función fiscalizadora, sea en su modalidad de ministerio público o en su modalidad de control fiscal.

1. Esta Corte ha señalado que en el Estado social de derecho, se han concebido dentro de un

largo proceso histórico sistemas articulados de controles y contrapesos que procuran prevenir y sancionar las fallas o extralimitaciones en el ejercicio del poder público y que el constituyente colombiano institucionalizó varios sistemas de controles entre los cuales se destaca el control fiscal, que comprende la gestión fiscal de la administración que no sólo se limita a la Rama Ejecutiva del Poder Público, sino que se hace extensivo a todos los órganos del Estado y a los particulares que manejen fondos o bienes de naturaleza pública.¹⁰¹

1. De conformidad con lo anterior, el artículo 119 de la Constitución Política expedida en 1991, determinó que la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración, al tiempo que en el artículo 267 estableció que el control fiscal es una función pública que ejerce dicha entidad, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación y que dicho control se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley, vigilancia de la gestión fiscal que incluye 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.

1. Adicionalmente, el inciso sexto de dicho artículo 267 de la Carta, establece que, “[l]a Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización y al cumplimiento de su misión constitucional”. Es decir, que el ámbito general de competencia de la Contraloría General de la República será el atribuido por los parámetros que para ese propósito, expresamente, establezca la Constitución, esto es, los aspectos derivados de la función pública de vigilancia y control fiscal, en los términos previstos en el anterior numeral.

1. La reforma contenida en el Acto Legislativo 04 de 2019 tiene por objeto fortalecer y

complementar el régimen del control fiscal. “Esta reforma estuvo fundada en la necesidad de adaptar las instituciones del control fiscal a las ‘nuevas realidades de la administración de los recursos, que permitan mitigar las dificultades que actualmente se presentan para cumplir su objeto principal, esto es, la protección del recurso público en el marco de la lucha contra la corrupción’. El trámite de aprobación del Acto Legislativo da cuenta de que el constituyente derivado consideró que el modelo de control fiscal ‘posterior y selectivo’ que estaba originalmente previsto en la Constitución de 1991 era insuficiente para lograr la efectiva y oportuna protección del patrimonio público. Lo anterior, debido a que (i) tenía por objeto exclusivo la reparación del daño fiscal, no la prevención del riesgo,¹⁰³ (ii) no operaba ‘sobre cualquier acto de la administración sino sobre algunos que se consideren’¹⁰⁴ y (iii) era inidóneo para garantizar la adecuada destinación de los recursos públicos porque, una vez estos eran ejecutados indebidamente por la administración, la posibilidad de recuperación era muy baja¹⁰⁵’.”¹⁰⁶

1. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido prolifera en desarrollar la dogmática sobre la vigilancia y control fiscal en Colombia, desde su transformación a partir de la expedición de la Constitución de 1991, hasta la reforma más reciente introducida por el Acto Legislativo 04 de 2019.¹⁰⁷

1. En ese contexto, actualmente la vigilancia y el control fiscal se ejerce en forma posterior y selectiva por los órganos de control fiscal, sin perjuicio del control concomitante y preventivo, con el fin de garantizar la defensa y protección del patrimonio público en los términos y condiciones establecidos en la Constitución Política y en la ley.

1. A partir del anterior contenido normativo, se resalta que la vigilancia y control fiscal se ejerce sobre la gestión fiscal que cumplen la administración y también los particulares que por expreso mandato legal o por delegación administrativa recauden, reciban, administren, manejen, dispongan o destinen recursos, fondos o bienes de origen o naturaleza pública.

1. Téngase presente que la vigilancia y control fiscal tiene por objeto determinar si la gestión fiscal y los resultados de la misma, se ajustan a los principios, políticas, planes, programas, proyectos, presupuestos y marco legal y reglamentario aplicables, lo cual implica necesariamente que dicha función pública de fiscalización se ejerce siempre sobre la gestión fiscal, esto es, las actividades de recaudo, percepción, recibo, administración, manejo, disposición o destinación de recursos, fondos o bienes públicos y, complementariamente, si a ello hubiere lugar, establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva.¹⁰⁸

1. Ello significa que la vigilancia y control fiscal, la gestión fiscal y la responsabilidad fiscal, son funciones, actividades y conceptos sustancialmente distintos pero íntimamente relacionados y que, por lo tanto, se armonizan entre sí. El objeto de la vigilancia y control son las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, así como los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal que involucre bienes, fondos o recurso públicos, al igual que el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos.¹⁰⁹ La responsabilidad fiscal es aquella que se deriva de la gestión fiscal cuando, con ocasión de la misma, se produzca un detrimento que afecte el patrimonio público.

1. En ese sentido, y en lo que atañe al asunto que es objeto de análisis, es preciso indicar que de conformidad con lo previsto en los artículos 117, 119, 267 y 268 de la Constitución Política, desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación ha señalado que la vigilancia y control fiscal apunta a la vigencia de específicos principios que se proyectan en el ámbito de la obtención, utilización, conservación y manejo de los recursos y bienes públicos¹¹⁰ por lo que, dijo, “se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General,

los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración.”¹¹¹

1. Seguidamente, la Corte indicó que la “vigilancia de la gestión fiscal del Estado y de los particulares incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión de resultados fundado en la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal forma que el control fiscal de la Contraloría (numérico-legal) cambia ahora su énfasis para concentrarse en un control de evaluación de los resultados globales de la gestión administrativa del Estado y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. Así pues, la finalidad del control fiscal apunta a la protección del patrimonio de la Nación y a ofrecer claridad y transparencia por la correcta utilización legal de los recursos públicos, tanto de la administración como de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación.”¹¹² Y agregó que, “el artículo 267 constitucional posibilita la reorientación del control fiscal, que además de la protección del patrimonio público, procura la exactitud de las operaciones y de su legalidad y se deberá ocupar del ‘control de resultados’ que comprende las funciones destinadas a asegurar que los recursos económicos se utilicen de manera adecuada, para garantizar los fines del Estado previstos en el artículo 2o. de la C.N.”¹¹³

1. Al analizar una demanda de inconstitucionalidad en contra de un aparte del artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios”, esta Corte señaló que,

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

(...)

“El control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública...”¹¹⁴

1. Posteriormente y en armonía con lo anteriormente expresado, la Corte señaló que “El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos y particulares, y su objeto es el de verificar – mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno – que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley. Con base en sus investigaciones, los contralores pueden imponer sanciones, iniciar y concluir procesos de responsabilidad fiscal, hacer amonestaciones, ordenar acciones tendentes a subsanar las deficiencias observadas etc.”¹¹⁵

1. Así mismo, al analizar una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 81 de la Ley 106 de 1993, en la Sentencia C-499 de 1998, la Corte Constitucional sostuvo que:

“El control fiscal es el mecanismo por medio del cual se asegura el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado. En este sentido, la jurisprudencia ha estimado que la gestión fiscal hace referencia a la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición,

conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición. A su turno, según la Corte, la vigilancia de esta gestión se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración.”¹¹⁷

1. De igual forma, acerca de la función de control fiscal, en la Sentencia C-403 de 1999, la Corte sostuvo que la Constitución de 1991:

“expresamente reconoce la función de control fiscal dotándola de un carácter público, como una actividad independiente y autónoma y, diferente a la que normalmente corresponde a las clásicas funciones del Estado, obedeciendo a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, de los departamentos, distritos y municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración o, eventualmente de los particulares. De manera pues, que el ejercicio de la función pública del control fiscal a la luz del ordenamiento constitucional, ha sido asignado a la Contraloría General de la República (arts. 119 y 267) y, en los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, les corresponde a éstas el ejercicio de la función fiscalizadora en forma posterior y selectiva.”¹¹⁸

1. Ahora, también debe tenerse en cuenta que, en relación con el control fiscal, el legislador goza de un extenso margen de configuración legislativa. Así lo reconoció esta Corporación en la Sentencia C-529 de 2006, al indicar que, es “válido inferir que, en materia de control fiscal, el legislador cuenta con un amplio espectro de configuración normativa, conforme al cual puede definir tanto el método específico para el ejercicio del control, como las entidades públicas o privadas objeto del mismo. Ello a condición [de] que se cumpla la premisa constitucional sobre la relación necesaria entre ejercicio del control fiscal y manejo de fondos o bienes de la Nación. En otras palabras, el artículo 267 Superior establece las

características generales del control fiscal anteriormente indicadas y prevé, igualmente, una deferencia genérica a favor del legislador, para que éste determine las condiciones particulares en que se ejercerá esa función pública.”¹¹⁹

1. En la Sentencia C-599 de 2011, la Corte señaló que la jurisprudencia constitucional al referirse en múltiples pronunciamientos a la naturaleza y características del control fiscal en la Constitución Política, a los sujetos, el objeto, el modo o método de la misma, así como a las funciones constitucionales de la Contraloría General de la República, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales y parámetros constitucionales de interpretación de las normas superiores referidas a este tema:

“(i) El control fiscal ha adquirido una nueva dimensión en la Constitución de 1991, y se encuentra dentro de la filosofía y el contexto del Estado Social de Derecho.

“(ii) La vigilancia y control de la gestión fiscal constituye el instrumento necesario e idóneo para garantizar ‘el cabal cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para las finanzas del Estado’, a través de la inspección de ‘la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición.’

“(iii) El objetivo final del control fiscal es ‘verificar el manejo correcto del patrimonio estatal’ , de manera que ‘... el cometido central de la Contraloría es el de verificar el correcto cumplimiento de los deberes asignados a los servidores públicos y a las personas de derecho privado que manejan o administran recursos o fondos públicos, garantizando el patrimonio económico estatal, con el fin de asegurar “la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho,’ en los términos de lo estatuido por los artículos 2º y 209 de la Constitución Política.

“En síntesis, es de concluir que la vigilancia de la gestión fiscal tiene como fin ‘la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado. Estas medidas se enmarcan en la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.’

“(iv) El ejercicio del control fiscal comprende tanto la vigilancia y control de la gestión fiscal de la administración y no se limita solo a la rama ejecutiva del poder público, sino que se hace extensivo a todos los órganos del Estado y a los particulares que manejan fondos de la Nación.

“(v) En el nuevo paradigma de la Constitución de 1991, se estatuyó como características o aspectos básicos del control fiscal, de conformidad con el artículo 267, el que ‘(i) constituye una función autónoma ejercida por la Contraloría General de la República, (ii) se ejerce en forma posterior y selectiva; (iii) sigue los procedimientos, sistemas y principios definidos por el Legislador; (iv) constituye un modelo integral de control que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, para cuya efectividad se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia; (v) se ejerce en los distintos niveles de administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, (vi) cubre todos los sectores y etapas y actividades en los cuales se manejan bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquel, ni su régimen jurídico; y (vii) debe estar orientado por los principios de eficiencia, economía, equidad y la valoración de los costos ambientales.’

“(vi) El control fiscal, posterior y selectivo, se desenvuelve en dos momentos diferenciados:

la labor de vigilancia por parte de las contralorías de todos los órdenes, mediante las auditorías y el desarrollo de procesos fiscales, para determinar la responsabilidad fiscal de los servidores públicos o particulares en cuanto a la gestión fiscal de recursos públicos.

“(vii) La tarea de vigilancia y control fiscal incluye la puesta en marcha de métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo exigido por el artículo 269 Superior, el cual consagra la obligación de las autoridades públicas de diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, de cuya calidad y eficiencia le corresponde conceptuar al Contralor General de la República (C.P., art 268-6), lo cual permite una distinción entre los fines y alcances del control interno propio de las entidades públicas y el control fiscal externo ejercido por la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales a nivel territorial. Por esta razón, la jurisprudencia de la Corte ha hecho énfasis en la diferenciación ente el control interno y el control fiscal externo, que es una atribución exclusiva e insustituible de los organismos de control fiscal.”¹²⁰

“El Control Fiscal por su parte es responsabilidad de la Contraloría General de la República y de las contralorías de las entidades territoriales según está estipulado en los artículos 267 a 274 de la Constitución Política. Ésta es una función pública en la cual los entes designados para ejercerla vigilan la gestión fiscal de los servidores públicos, al igual que la de los particulares que manejen o administren fondos o bienes de la Nación. Esta vigilancia fiscal incluye de conformidad con el artículo 267 CP un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. Igualmente, es de señalar que el control fiscal se ha de realizar en forma posterior y selectiva, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. En el artículo 119 de la Carta se consagra que “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración”, y en el artículo 117 CP se señala que la Contraloría General de la República es uno de los órganos de control de la Nación. Por tanto, es claro para la Corte que este es un control específico dado a la Contraloría, el cual, se reitera, es el de la vigilancia y control de

la gestión fiscal y de resultados de la Administración Pública y de los particulares que manejen recursos públicos de la Nación.”¹²¹

1. Teniendo en cuenta la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 4 de 2019 que reformó el artículo 267 de la Constitución Política, en la Sentencia C-163 de 2020, la Corte Constitucional concluyó que:

“42. El artículo 267 de la Constitución Política establece que el control fiscal es una función pública y autónoma, ejercida por la Contraloría de la República. En desarrollo de esta atribución, dicha entidad debe vigilar la gestión fiscal de la administración, así como ‘de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación’, en todos los órdenes y niveles. Esto no solo incluye el seguimiento permanente al recurso público, sino que también implica el control financiero, de gestión y de resultados en la actividad fiscal bajo los principios de eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales.

“En este sentido, la Corte Constitucional ha determinado que el control fiscal sirve como instrumento para ‘(i) proteger el patrimonio público, (ii) garantizar la transparencia en las operaciones relacionadas con los bienes y recursos públicos, y (iii) asegurar la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.’

“Esta competencia es ejercida cuando quiera que haya gestión fiscal, lo cual significa que ocurrirá siempre que se presente ‘administración o manejo de tales bienes [o fondos públicos], en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión o disposición.’ Lo anterior permite que la vigilancia ejercida por la Contraloría, tanto a nivel nacional como territorial, no solamente consista en un análisis numérico y legal del gasto público, sino que también asegure que los recursos fueron destinados a los planes y programas para los cuales se asignaron y, por consiguiente, en el cumplimiento de los fines del Estado y la efectividad de los derechos y garantías constitucionales.

“43. Por este motivo, y habida cuenta del alcance de los sistemas de control fiscal, se ha entendido que este último tiene carácter amplio e integral:

“43.1. Es amplio en dos sentidos. Primero, en relación con quienes son sujetos de control fiscal, pues comprende tanto a las entidades públicas como a los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación. De acuerdo con lo anterior, la calidad de sujeto de control fiscal no es dada por la naturaleza pública o privada de la entidad, sino de forma exclusiva en que su gestión fiscal involucre recursos públicos o patrimonio del Estado.

“Segundo, en relación con su alcance, pues la vigilancia fiscal implica un control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de cuentas y de la valoración de los mecanismos de control interno de las entidades o personas controladas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 9º y siguientes de la Ley 42 de 1993. Adicionalmente, tiene lugar ‘en todos los sectores y actividades relacionadas con el manejo de recursos oficiales.’

“43.2. Es integral, en cuanto la actividad de control fiscal cubre la totalidad del proceso de gestión de recursos públicos. En esa medida, abarca la verificación del “manejo de los bienes y recursos públicos en las etapas de recaudo, gasto, inversión, disposición, conservación, enajenación” y, además, supone la valoración del logro de los resultados para los cuales fueron destinados, con el propósito de determinar si su gestión se hizo acorde con los principios y fines constitucionales asignados a cada entidad o autoridad.

“44. Ahora bien, en principio, la Constitución de 1991 había introducido un modelo de control fiscal que marcó una transformación en relación con el anterior diseñado en la Constitución de 1886, pues pasó de un esquema basado en un enfoque previo y preceptivo, a un esquema de carácter posterior y selectivo. No obstante, con la nueva reforma constitucional

introducida por el Acto Legislativo 4 de 2019, se recuperó la posibilidad de realizar un control fiscal de forma preventiva y concomitante, adicional al sistema de control posterior y selectivo introducido inicialmente por el artículo 267 superior. A partir de esta reforma, el control preventivo y concomitante tiene las siguientes características y limitaciones, de acuerdo con el texto de la enmienda constitucional:

“El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

“Dicha modificación de la Constitución fue estudiada por la Corte Constitucional, que en Sentencia 140 del 6 de mayo de 2020 declaró exequibles los artículos 1º (parcial) y 2º (parcial) del Acto legislativo 4 de 2019. Lo anterior, al encontrar que el nuevo sistema de control fiscal examinado (preventivo y concomitante) no significa una sustitución de la Constitución, ni tampoco constituye, per se, una afectación del principio de separación de poderes. Esto se debe a que la norma examinada establece los límites y prohibiciones bajo los cuales se puede ejercer la vigilancia fiscal en el nuevo modelo mencionado.

“45. En conclusión, la función pública de control fiscal es ejercida por la Contraloría General de la República así como por las contralorías departamentales, a quienes se les confía la inspección de la actividad fiscal externa de todas las instituciones del Estado y de los particulares que manejan bienes o fondos públicos, desde el punto de vista financiero, de gestión y de resultados.”¹²²

1. La Corte ha resaltado así, entonces, que la vigilancia y control fiscal es una función pública especializada que ejercen las Contralorías, que recae sobre la gestión fiscal que realizan la administración o los particulares en los términos que señala el ordenamiento jurídico, de exclusiva vocación pública orientada a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos cuyo titular es la organización estatal.¹²³

1. En suma, la vigilancia y el control fiscal, según la jurisprudencia constitucional, es una herramienta “eficaz e idónea para la protección del patrimonio público, a través de (i) la verificación del correcto manejo de los recursos públicos y (ii) el establecer si en el ejercicio de la gestión de los recursos colectivos se cumplen las normas que sujetan a la administración en términos de legalidad y se asegura el cumplimiento de los fines constitucionales y misionales de cada una de las entidades.”¹²⁴ Además de lo expuesto, también la Corte ha puntualizado que la existencia del control fiscal se erige por la necesidad de preservar el patrimonio del Estado, y “de consolidar una instancia: que garantice y verifique la correcta ejecución de los presupuestos públicos, evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos.”¹²⁵

1. Como se observa, dicha línea ha sido pacífica en la jurisprudencia constitucional, incluso, recientemente esta Corporación se pronunció al respecto, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 23 y 45 de la Ley 2080 de 2021, mediante los cuales se adicionó la Ley 1437 de 2011, respecto al control automático de legalidad de fallos con responsabilidad fiscal. En esa oportunidad, la Corte puntualizó que, “la responsabilidad fiscal ha sido definida como una imputación hecha por los órganos de control fiscal, que tiene por objeto examinar la viabilidad de imponer a quien funge como gestor fiscal la obligación de resarcir los daños que, con su proceder, ha ocasionado al patrimonio público. Según se sigue de lo anterior, ‘[e]sta responsabilidad tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado’. La índole que le ha sido otorgada en el ordenamiento es de carácter resarcitorio, pues procura, únicamente, conseguir la ‘reparación

de los daños que [el erario] haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos'. Carece, entonces, de un carácter sancionatorio, pues la suma dineraria que impone la decisión con responsabilidad fiscal no pretende disciplinar al sujeto.”¹²⁶

1. Finalmente, la vigilancia y control fiscal sobre la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales, según así lo previó el artículo 267 de la Constitución, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 04 de 2019.

i. La gestión fiscal

1. A ella hacen referencia los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política, sin entrar a definirla. Esta Corte, en sus providencias iniciales, consideró que de “conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público está integrado por los bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición.”¹²⁷ Más adelante, la Corte señaló que la gestión fiscal comprende los actos y operaciones de naturaleza fiscal -como el manejo de fondos o bienes del Estado, su conservación e inversión-
.128

1. La gestión fiscal a la cual se refiere la Constitución, fue definida por el legislador en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000,¹²⁹ así:

“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales”.

1. A su vez, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad presentada contra algunos apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la Ley 610 de 2000, en la Sentencia C-840 de 2001, acerca de la gestión fiscal, la Corte señaló que la definición contenida en el citado artículo 3 de la Ley 610 de 2000, respecto a las actividades en ella previstas, “discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, al tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado”. 130 Y agregó:

“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. Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, al tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y

estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Se podría agregar que: el servidor público o el particular - dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. Se trata de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes ‘completos’ pero inertes.”¹³¹

1. Luego, en la misma providencia, la Corte señaló que “cuando alguna contraloría del país decide crear y aplicar un programa de control fiscal en una entidad determinada, debe actuar con criterio selectivo frente a los servidores públicos a vigilar, esto es, tiene que identificar puntualmente a quienes ejercen gestión fiscal dentro de la entidad, dejando al margen de su órbita controladora a todos los demás servidores. (...) Eventos en los cuales la actividad fiscalizadora podrá encontrarse con empleados públicos, trabajadores oficiales o empleados particulares¹³², sin que para nada importe su específica condición cuando quiera que los mismos tengan adscripciones de gestión fiscal dentro de las correspondientes entidades o empresas.”¹³³

1. Hasta aquí se puede destacar que, aunque la Constitución Política refiere a la “gestión fiscal” como un marco funcional, o parámetro de competencia de la Contraloría General de la República, lo realmente cierto es que no la define en sentido estricto, pues dicha tarea la asumió el legislador en el citado artículo 3 de la Ley 610 de 2000, labor que también ha cumplido esta Corporación en algunos pronunciamientos.

1. Sobre ese marco, es posible diferenciar el control fiscal y la gestión fiscal tal y como hasta la fecha esta última ha sido definida por la ley y la jurisprudencia constitucional, como dos categorías relacionadas, pero materialmente distintas. Entonces, la primera se erige como una función pública reconocida por la Constitución de 1991 y atribuida por ésta a órganos de control fiscal, “independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares.”¹³⁵ Por su parte, la segunda, se reitera, ha sido concebida por la ley como parte de la gestión pública, de naturaleza administrativa, a cargo de los gestores fiscales -servidores públicos y/o particulares habilitados para ello-, que tienen a su cargo el manejo y/o administración de los bienes y recursos o fondos públicos.

1. Aquí también es preciso destacar que esta Corte, en la Sentencia C-840 de 2001, señaló que la gestión fiscal “constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.”¹³⁶

1. En ese contexto, no cabe duda de que el entendimiento de la gestión fiscal, pese a no estar definida expresamente por la Constitución Política sino en la ley, sí ha sido el presupuesto exigido por aquella como fundante de la responsabilidad fiscal (Artículo 268 numeral 5), lo que significa que si no se realiza gestión fiscal, de la cual pueda predicarse la existencia de un detrimento patrimonial, entonces, no podrá deducirse luego responsabilidad fiscal.

i. El gestor fiscal

1. Como en precedencia fue anotado, según lo prevén los artículos 267 y 268 de la Constitución y sus desarrollos contenidos principalmente en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000 y el Decreto Ley 267 de 2000, entre otras, son gestores fiscales tanto las entidades públicas y con ellas los servidores públicos que laboran en ellas, así como las personas jurídicas de derecho privado y los particulares que allí trabajan o, en general, todos aquellos que por habilitación legal, administrativa o contractual reciban, recauden, perciban, manejen, administren, dispongan o destinen bienes, fondos o recursos públicos y, son precisamente ellos, los mismos sujetos de control fiscal. Sobre esa base, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la gestión fiscal a cargo de tales gestores comprende todo un universo de acciones inmersas en las denominadas “actividades económicas, jurídicas y tecnológicas” y la capacidad de realizar una o más acciones derivadas del tráfico de los recursos o bienes públicos en cumplimiento de los fines a cargo del Estado.

1. Así, el gestor fiscal por excelencia es la entidad pública o la entidad privada que actúa por conducto del o los servidores públicos o de los que tienen la disponibilidad jurídica de los bienes o recursos de origen público de tales entidades como: el “ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo;”¹³⁷ como también, “los directivos de las entidades y demás personas que profieran decisiones que determinen la gestión fiscal, así como a quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, y a los contratistas y particulares a los cuales se les deduzca responsabilidad dentro del respectivo proceso, en razón de los perjuicios que hubieren causado a los intereses patrimoniales del Estado.”¹³⁸

1. Entonces, los particulares también son gestores fiscales siempre y cuando tengan habilitación legal, administrativa o contractual, con capacidad decisoria frente a los fondos,

recursos o bienes del patrimonio público puestos bajo su administración, manejo o destinación y bajo el entendido de que al asumir tales responsabilidades participan o contribuyen -directa o indirectamente- en la realización de los fines del Estado y, por lo tanto, se someten a los mismos principios y reglas constitucionales, legales y administrativas aplicables a las entidades públicas y a los servidores públicos que cumplen esas mismas funciones, facultades, atribuciones, deberes y obligaciones y sujetos a las mismas prohibiciones y responsabilidades que de todo ello se deriven.

1. A modo de ilustración, y sin el objeto de agotar todos los ejemplos de particulares que actúan como gestores fiscales, conforme a la ley, la reglamentación administrativa, los actos de delegación, los contratos estatales y, según lo ha convalidado tanto la jurisprudencia constitucional como la del Consejo de Estado, son gestores fiscales y por lo tanto sujetos de control fiscal, entre otros, los siguientes particulares: (i) las Cámaras de Comercio, las cuales, al ejercer las funciones públicas registrales atribuidas directamente por la ley, perciben y recaudan recursos públicos en la modalidad de tasas contributivas que administran y disponen, pudiendo adquirir con ellos bienes públicos, para el ejercicio y desarrollo de tales funciones registrales;¹³⁹ (ii) las Cajas de Compensación Familiar, las cuales recaudan, administran y disponen, conforme a la ley, de los recursos públicos en la modalidad de contribuciones parafiscales para el pago en dinero, en servicios o en especie del subsidio familiar;¹⁴⁰ (iii) las empresas prestadoras de servicios públicos, con motivo del recaudo de los recursos públicos en la modalidad de tasas;¹⁴¹ (iv) las entidades promotoras de salud, con motivo del recaudo de los recursos públicos en la modalidad de contribuciones; (v) las entidades gremiales que reciben y administran recursos públicos de carácter tributario en la modalidad de contribuciones parafiscales que conforme a la ley administran, entre otros, el Fondo Nacional del Café, el Fondo Nacional del Tabaco, el Fondo Nacional Avícola – FONAV, el Fondo Nacional de Porcicultura y el Fondo Nacional del Ganado; los fondos de fomento, tales como el Fondo de Fomento Palmero, el Fondo de Fomento Cacaotero, el Fondo de Fomento Arrocerero, el Fondo de Fomento Cerealista y de Leguminosas, el Fondo de Fomento Algodonero, el Fondo de Fomento Panelero, el Fondo Nacional de Fomento Hortifrutícola FNFH, el Fondo Nacional de Fomento de Papa y el Fondo de Fomento para las Mujeres Rurales; y, los Fondos de Estabilización de Precios tales como el Fondo de Estabilización de Precios del Algodón -FEPA, el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar, el Fondo de

Estabilización de Precios del aceite de palma y sus derivados y el Fondo de Estabilización de Precios del Cacao; (vi) los contratistas que de acuerdo con el objeto u obligación en un contrato estatal se les atribuyen facultades de recaudo, administración y disposición de recursos públicos como tasas o anticipos o la administración de bienes públicos -sean de uso público o los bienes fiscales-, como el suelo y la infraestructura estatal que reciben, utilizan, administran y destinan para su construcción, rehabilitación, ampliación u operación;¹⁴² (vii) los agentes retenedores de un tributo conforme a la ley¹⁴³ (v.gr. IVA, renta o timbre¹⁴⁴).

1. Tales particulares que manejan o administran bienes y recursos de origen público por habilitación legal, administrativa o contractual, realizan gestión fiscal y, por lo tanto, deben someterse a las mismas reglas y principios aplicables a las entidades públicas y a los servidores públicos que realizan gestión fiscal.¹⁴⁵ Bajo tales consideraciones, la Corte ha señalado a su vez que, independientemente de la condición pública o privada del ejecutor, para efectos de establecer la respectiva responsabilidad fiscal, “la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares.”¹⁴⁶

1. En conclusión, son gestores fiscales, y en caso de que se produzca un daño al patrimonio público, presuntos responsables fiscalmente, los servidores públicos y/o los particulares que por habilitación legal, administrativa o contractual manejen o administren bienes y recursos públicos y que tengan capacidad decisoria frente a los mismos por haber sido dispuestos a su cargo. En razón a ello, indistintamente de la condición pública o privada del ejecutor o del poder jurídico o fuente de la cual se derivan las obligaciones fiscalizadoras, es la gestión fiscal la que constituye el elemento decisorio y determinante de las responsabilidades inherentes al recibo, percepción, recaudo, administración, gestión, disposición o destinación de dichos bienes o recursos de naturaleza pública.

i. El poder jurídico habilitante para el ejercicio de la gestión fiscal

1. Según lo ha enfatizado esta Corte, se requiere verificar, con suficiente grado de certeza, la capacidad o competencia de la entidad pública y con ella la del servidor público, así como la de la persona jurídica de derecho privado o, en general, del particular, a quien se le haya atribuido por atribución, facultad o deber legal, acto administrativo o cualquier otro acto habilitante, realizar gestión fiscal y la acción u omisión específica, y, consecuentemente, descartar cualquier otra relación “tácita, implícita o analógica” que se aleje o que rompa el vínculo con dicha gestión.¹⁴⁷

1. Así, entonces, respecto del vínculo o poder jurídico del que se deriva el deber, facultad, función u obligación de la gestión fiscal, es necesario precisar que, por regla general, dicha calidad es atribuida por el ordenamiento jurídico, esto es, la Constitución, la ley, los actos administrativos normativos, sean ellos reguladores o reglamentarios, al atribuir las funciones, facultades, atribuciones, potestades y deberes, muchas de las cuales pueden comportar la entrega, percepción, recibo, administración, manejo, disposición, destinación y el gasto de bienes y de recursos públicos. La Corte ha señalado que si dentro de estas funciones se derivan actuaciones que afectan la titularidad administrativa o dispositiva de los bienes o recursos públicos, sea a través de “planes de acción, programas, actos de recaudo, inversión y gasto, entre otros, o comprenden actividades de ordenación, control, dirección y coordinación del gasto,” ¹⁴⁸ se entiende atribuida y, por lo tanto, configurada la gestión fiscal.

1. También, el poder jurídico del cual se deriva el deber u obligación de gestión fiscal y, consecuentemente, la vigilancia y control fiscal y la posible vinculación a un proceso de responsabilidad fiscal, puede provenir de un contrato estatal. En este caso, el contratista adquiere la calidad de gestor fiscal si y solo si, del objeto u obligación contractual se derivan facultades de administración de recursos o de disposición material o jurídica de bienes de naturaleza pública. Por ello, si aquella disposición está ausente, no se puede contemplar la existencia de gestión fiscal. En consecuencia, se requiere necesariamente de la participación del gestor fiscal titular para determinar el grado de conexidad próxima y necesaria entre éste

y el contratista, por lo cual, las conductas aisladas derivadas meramente de la esencia obligacional del contratista no constituyen gestión fiscal y, por lo tanto, no son objeto de responsabilidad fiscal.

1. Sobre lo anterior, el Consejo de Estado ha indicado que “se debe mirar cada caso en particular para determinar con fundamento en el tipo de contrato cuestionado, si el particular que manejó o administró bienes o recursos públicos, se desempeñó como gestor fiscal.”¹⁴⁹

i. La responsabilidad fiscal

1. El numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política prevé como atribución del Contralor General de la República la de “Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación.”

1. En lo que se refiere a la relación inescindible que existe entre la gestión fiscal y la responsabilidad fiscal, esta Corte ha señalado que,

“(…) el control posterior de la Contraloría General sobre las cuentas de las entidades territoriales, si bien es posterior y excepcional, no se limita únicamente a ser un control numérico legal sino que comprende el desarrollo de las atribuciones propias de la Contraloría para el ejercicio integral de la vigilancia fiscal. Y entre esas atribuciones se encuentra naturalmente la imposición de la responsabilidad fiscal, pues el artículo 268 ordinal 5º confiere al Contralor la potestad de ‘establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma.’ Y es que no tiene sentido que la Carta permita una intervención excepcional de la Contraloría General en las entidades

territoriales, pero excluya la imposición de formas de responsabilidad fiscal, por cuanto, como esta Corte lo ha señalado en varias oportunidades, los procesos de responsabilidad fiscal son un complemento natural de la vigilancia de la gestión fiscal que ejercen la Contraloría General y las contralorías departamentales y municipales. En efecto, si genéricamente la vigilancia fiscal busca proteger el patrimonio estatal y los recursos públicas, el proceso de responsabilidad fiscal es una expresión de esa finalidad global, en la medida en que está encaminado a que aquella persona que sea declarada responsable proceda a “resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal”. Por ende, si, como ya se señaló, la intervención excepcional de la Contraloría General en la vigilancia fiscal de las entidades territoriales se justifica en aquellos eventos en que puede dudarse de la imparcialidad del órgano territorial de control, debido a presiones o injerencias locales, entonces no existe razón para suponer que en esos eventos la contraloría departamental o municipal sea la entidad idónea para adelantar el proceso de responsabilidad fiscal. Es pues un desarrollo proporcionado del principio de subsidiariedad (CP art. 288), que en esos casos excepcionales de intervención de la Contraloría General, corresponda a ese órgano también la imposición de las responsabilidades fiscales de rigor.”¹⁵⁰

1. En la Sentencia C-484 de 2000, la Corte señaló que el órgano fiscal que vigila la administración y el manejo de los fondos o bienes públicos, “puede iniciar procesos fiscales en donde busca el resarcimiento por el detrimento patrimonial que una conducta o una omisión del servidor público o de un particular haya ocasionado al Estado. De ahí que, incluso la evaluación del daño en la responsabilidad disciplinaria es diferente del que se origina en la responsabilidad fiscal, pues el primero es básicamente un daño extrapatrimonial no susceptible de valoración económica y, el segundo se refiere exclusivamente a un daño patrimonial. Así mismo, es claro que el proceso disciplinario tiene un carácter sancionatorio que busca impedir el comportamiento arbitrario de los funcionarios públicos, mientras que el proceso fiscal no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo, sino que tiene un fundamento resarcitorio.”¹⁵¹

1. Así mismo, en la Sentencia C-840 de 2001, ampliamente citada en esta oportunidad, la Corte indicó “que la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata.”¹⁵²

1. De manera precisa, la Corte advirtió que “esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.”¹⁵³

1. Así mismo, en la ya citada Sentencia C-599 de 2011, la Corte señaló al respecto que

“(viii) Los artículos 268-5 y 272-6 de la Constitución Política reconocen en cabeza del Contralor General de la República y de los contralores de las entidades territoriales, la competencia para adelantar los procesos de responsabilidad fiscal frente a los servidores públicos y los particulares que manejen y administren recursos públicos, regulado por la ley 610 de 2000.

“(ix) En cuanto a los sujetos de control fiscal, esta Corte ha expuesto claramente ‘que independiente de la naturaleza pública o privada, o de sus funciones, o de su régimen ordinario o especial, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, quedan sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, por

supuesto circunscrito a la gestión fiscal realizada, de conformidad con la cláusula general de competencia contenida en el artículo 267 Superior y el artículo 2º de la Ley 42 de 1993 y el Decreto Ley 267 de 2000, artículo 4º.”

1. De conformidad con lo previsto en los artículos 268-5 y 272 de la Constitución, es importante tener en cuenta que el artículo 1 de la Ley 610 de 2000 dispuso que el proceso de responsabilidad fiscal pretende determinar 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.” La Corte Constitucional declaró exequible la expresión subrayada, en el entendido de que esta ostenta un rango dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha.¹⁵⁴ Por lo tanto, según la Corte, para atribuir responsabilidad fiscal con ocasión de la gestión fiscal, se requiere que exista “una relación de conexidad próxima y necesaria para el desarrollo de la gestión fiscal”, la cual debe ser examinada cuidadosamente, considerando que esta última tiene una identidad material y jurídica propia que, como se indicó, se concreta a través de planes de acción, programas, actos de recibo, percepción o recaudo, administración, manejo, inversión, disposición y gasto, entre otros.¹⁵⁵

1. En esta misma línea, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 268-5 y 272 de la Constitución Política y la Ley 610 de 2000, ¹⁵⁶ la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y/o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado se deriva de la gestión fiscal cuando ella genera o produzca directamente o contribuya, sea por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, el detrimento del patrimonio público. En caso de pérdida, daño o deterioro de bienes públicos, únicamente habrá lugar a responsabilidad fiscal cuando el presunto responsable incurra en un hecho que tenga relación directa con actos propios de la gestión fiscal.¹⁵⁷

1. En lo que se refiere a la gestión fiscal presuntamente irregular, ella puede ocasionar un daño patrimonial al Estado de forma directa o indirecta. El primer caso se refiere al evento de

un gestor fiscal típico y el segundo ocurre cuando interviene un servidor público o un particular que no es gestor fiscal, pero que, en virtud de la gestión fiscal del titular, contribuye a la producción del daño a través de una relación de conexidad próxima y necesaria.¹⁵⁸

1. La responsabilidad fiscal se establece en un proceso de naturaleza administrativa,¹⁵⁹ el cual tiene por objeto “determinar y, si es del caso, 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.”¹⁶⁰ De modo que, la responsabilidad que en este proceso se declara es patrimonial, y, por lo tanto, dicho carácter “separa la responsabilidad fiscal de otros tipos de responsabilidad, como la disciplinaria o la penal y se trata por lo tanto de una responsabilidad independiente y autónoma, frente a esos otros procesos¹⁶¹. En la responsabilidad disciplinaria el daño es extra patrimonial y en la fiscal no. De la misma forma, la responsabilidad fiscal también resulta independiente de la penal, siendo admisible, no obstante, el fenómeno de la acumulación de responsabilidades, fiscal, disciplinaria y penal.”¹⁶²

1. Por lo tanto, “la responsabilidad que se declara es administrativa, porque se juzga la conducta de personas que manejan bienes o recursos públicos y que lesionan el erario, y es patrimonial, pues se refiere a un daño y a su resarcimiento” y, “la declaración de responsabilidad fiscal no es una sanción y, en esta medida, no se enmarca dentro de los presupuestos propios del proceso penal o del proceso disciplinario, sino que es una responsabilidad autónoma, que apunta a resarcir un daño patrimonial.”¹⁶³

1. Así entonces, la jurisprudencia constitucional ha comprendido que dicha responsabilidad aplica respecto de los servidores públicos y de los particulares que manejen bienes o recursos públicos y que, a su vez, produzcan un daño al erario, el cual deberá ser resarcido.

1. Adicionalmente, bajo la figura de la solidaridad, el legislador amplió el alcance de la responsabilidad fiscal a otros actores, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011. Así, ante la existencia de un daño patrimonial al Estado, serán responsables fiscales solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo, la entidad contratante y el contratista, así como las demás personas que, con culpa o dolo, concurran en la generación u ocurrencia del daño.

1. Significa lo anterior, que la vigilancia y el control fiscal así como la responsabilidad fiscal encuentra su marco de acción y al mismo tiempo su límite en la existencia de la gestión fiscal, bien sea que la realicen los servidores públicos o los particulares que reciban, perciban, recauden, administren, manejen, dispongan o destinen fondos, recursos o bienes de naturaleza pública. Así, esta Corte ha reiterado la competencia reconocida al Contralor General de la República y a los contralores de las entidades territoriales para establecer responsabilidad fiscal cuando en el ejercicio de la gestión fiscal, con su proceder, doloso o culposo, los servidores públicos o los particulares afectan o lesionan el patrimonio público¹⁶⁴ y, es en ese contexto, que las normas constitucionales y legales han conferido facultades específicas a las contralorías para: (i) establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, (ii) imponer las sanciones pecuniarias, (iii) recaudar el monto de tales sanciones, y (iv) ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances de dicha responsabilidad.¹⁶⁵

1. En la Sentencia SU-431 de 2015, la Corte Constitucional analizó los elementos de la responsabilidad fiscal y los sujetos de control fiscal. En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional sostuvo lo siguiente:

“Son tres los elementos de la responsabilidad, a saber: el daño, las conductas relacionadas con la gestión fiscal y el nexo causal.

“El primero de ellos se encuentra regulado en el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, en donde se enuncia que por daño se entiende la lesión producida al patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o de los intereses patrimoniales del Estado. Se trata de un daño especial que se surte sobre un patrimonio de naturaleza pública, dentro de un esquema de atribución normativa y en el ámbito de la gestión fiscal.

“El daño en el campo de la responsabilidad fiscal tiene varios rasgos especiales: Por un lado, (i) debe obedecer a una actividad propia de la gestión fiscal, dándose a entender con ello que la responsabilidad fiscal no es universal o general para todos los servidores públicos o particulares, pues aplica únicamente a los gestores fiscales como elemento orgánico; y, por otro, (ii) la conducta generadora de responsabilidad solo es aquella desarrollada de forma dolosa o gravemente culposa.

“Realmente, la doctrina es uniforme en conceptualizar al daño como el elemento estructural de la responsabilidad civil, circunstancia que origina similares efectos cualificadores respecto de la responsabilidad fiscal. Ahora, el daño en tanto requisito indispensable no es suficiente, pues además de su demostración precisa de los varios elementos adicionales que integran la responsabilidad patrimonial. Importante nota en el caso de la responsabilidad fiscal, ya que aquella no se consolidará ni podrá determinarse sin un daño efectivamente verificado.

“Frente a las actividades especiales que generan daño, las conductas que lo determinan son aquellas caracterizadas como actividades generadoras o especies de omisiones, verbos rectores según los cuales se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o de los intereses patrimoniales del Estado, producido por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna que, en términos generales, no se aplique a los cometidos y fines del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto, de los sujetos de vigilancia y

control.

“Como elemento material del daño está el concepto de patrimonio público, que cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo. Es, si se quiere, un concepto genérico que involucra todos los bienes del Estado y que comprende en ellos los de todas las entidades, ya sea del nivel central, descentralizado o por servicios.

“En relación con el grado de imputación en materia de responsabilidad fiscal, esta corporación tuvo la oportunidad de señalar, en la Sentencia C-619 de 2002, que el criterio no podía superar aquel previsto por el constituyente para fijar la responsabilidad patrimonial del funcionario frente al Estado, ya que ello implicaría un trato diferencial de imputación por la sola razón de que a la declaración de responsabilidad se accede por una vía distinta. Por eso, ‘si el cauce jurídico escogido por el Estado para establecer la responsabilidad del funcionario es el proceso de responsabilidad fiscal, éste podría ser declarado responsable por la presencia de la culpa leve en su actuar. Pero si el Estado opta por constituirse en parte civil dentro del proceso penal, o por adelantar un proceso contencioso administrativo -a través del llamamiento en garantía dentro de la acción de reparación directa o en ejercicio directo de la misma acción-, o finalmente decide ejercer la acción de repetición, el funcionario sería exonerado de responsabilidad civil por haber actuado con culpa leve, dada la irrelevancia que en estas vías de reclamación tiene dicho grado de culpa. De aceptarse tal tratamiento diferencial, se estaría desconociendo abruptamente el fundamento unitario y la afinidad y concordancia existe entre los distintos tipos de responsabilidad que, se repite una vez más, confluyen sin distingo ninguno en la defensa del patrimonio público.’

“Por su parte, la conducta hace referencia al comportamiento activo u omisivo, doloso o culposo, que provoca un daño al patrimonio público, atribuible a un agente cuyas funciones comportan el ejercicio de funciones administrativas de gestión fiscal. Presupuesto que

impone que la conducta dolosa o culposa sea atribuible a una persona que despliegue conductas relacionadas íntimamente con la gestión fiscal.

“Como quiera que la Ley 610 de 2000 no se ocupó de definir estas modalidades de conducta, por regla general se acude a los principios previstos en el derecho civil. De cualquier forma, ante los vacíos de tipos fiscales de responsabilidad, la Ley 1474 de 2011 ‘por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública’ introdujo, al menos para el ámbito de la contratación, las presunciones de dolo y culpa grave respecto de la responsabilidad fiscal derivada de esa actividad.

“Ahora bien, en cuanto a la relación de causalidad o nexo causal debe decirse que a la par que exige una causalidad física de la conducta antijurídica frente al daño imputado, requiere de una causalidad jurídica, derivada de la exigibilidad personal, funcional o contractual producto de las normas generales y específicas. Implica que entre la conducta desplegada por el gestor fiscal, o entre la acción relevante omitida y el daño producido, debe existir una relación determinante y condicionante de causa-efecto, de la cual solo puede predicarse una ruptura cuando entra en escena la llamada causa extraña que puede operar bajo la denominada fuerza mayor o el caso fortuito.

“Destacados los anteriores elementos, podría llegarse a la conclusión de que, igual a lo que acontece con la acción de repetición, 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. No obstante, a pesar de que tales regímenes de responsabilidad responden al mismo principio o razón jurídica de proteger el patrimonio económico del Estado, están determinadas por un mismo criterio normativo de imputación subjetivo y parten de los mismos elementos axiológicos como son el daño antijurídico sufrido por el Estado, la acción u omisión imputable al

funcionario y la relación de causalidad entre el daño y la actividad del agente, lo cierto es que las dos clases de responsabilidad tiene una consagración constitucional diferente -la una en el inciso 2º del artículo 90 y la otra en los artículos 267 y 268 de la Constitución- y se establecen por vía de cauces jurídicos distintos.”¹⁶⁶

1. Se concluye entonces que, sin el desarrollo, ejercicio y ejecución de la gestión fiscal por parte de la administración o de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, no puede establecerse responsabilidad fiscal, toda vez que, de la concurrencia de los elementos que la estructuran, depende necesariamente de la ejecución de aquella.

1. En definitiva, como ya ha sido expuesto, la Corte ha señalado la necesidad de examinar en cada caso si la respectiva conducta guarda alguna relación con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta deriva de una habilitación legal, administrativa o contractual y tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y/o de los particulares responsables del manejo o administración de tales fondos o bienes de naturaleza pública.¹⁶⁷

i. El contexto de la norma acusada

1. Así, el propósito de la Ley 2195 de 2022 fue (i) fortalecer la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción, (ii) robustecer los sistemas de administración de bienes de la Fiscalía General de la Nación y la extinción de dominio, (iii) afianzar la debida diligencia frente al Registro Único de los Beneficiarios Finales (RUB), (iv) consolidar los

sistemas de intercambio de información, articulación y colaboración para la lucha contra la corrupción, (v) incentivar la pedagogía para la promoción de la transparencia y lucha contra la corrupción, (vi) propender por un reforzamiento administrativo para la lucha contra la corrupción, (vii) modificar la acción de repetición, (viii) adoptar medidas en materia contractual para la moralización y la transparencia, sobre el daño y reparación de los afectados por actos de corrupción y sobre temas de responsabilidad fiscal.

1. En este punto, debe advertirse, como quedó anotado, que la Ley 2195 de 2022 soporta su existencia sobre la base de una mirada extensa del ordenamiento jurídico vigente, con el propósito de combatir sistemáticamente el flagelo de la corrupción, a través de medidas que abarcan una amplia gama y/o escenario de puntos focales puntualmente identificados.

1. Por supuesto, este no es un esfuerzo nuevo y único con ese propósito, dado que existen múltiples antecedentes que pueden dar cuenta de ello, por ejemplo, además de la Ley 2195 de 2022, entre otras, las más recientes que a continuación se reseñan:

Norma

Descripción

Ley 1778 de 2016

Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.

Ley 1762 de 2015

Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal.

Ley 1712 de 2014

Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

Ley 1474 de 2011

Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Ley 970 de 2005

Por medio de la cual se aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003

Ley 412 de 1997

Por la cual se aprueba la “Convención Interamericana contra la Corrupción”.

Ley 190 de 1995

Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.

1. Incluso, como fue expuesto, Colombia aprobó mediante la Ley 412 de 1997 la “Convención Interamericana contra la Corrupción”, la cual tiene como propósito: “1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.”¹⁸³

1. Mediante la Sentencia C-397 de 1998, esta Corporación declaró la constitucionalidad de dicha Convención así como la exequibilidad de su ley aprobatoria. En dicho pronunciamiento, la Corte sostuvo que, “el Estado social de derecho se construye a partir del reconocimiento del ser humano como sujeto autónomo, dotado de razón, cuya realización integral debe promover el Estado, garantizándole condiciones dignas para el desarrollo de sus potencialidades, condiciones que se anulan y diluyen en contextos en los que prevalezca el interés mezquino de quienes anteponen los suyos particulares a los de la sociedad, incluso desdeñándolos y sacrificándolos, mucho más si para ello hacen uso indebido del aparato administrativo que conduce el Estado, de los recursos que lo nutren, y del ejercicio de las funciones propias de la administración pública, conductas que por lo general se identifican en los tipos penales que describen prácticas corruptas.”¹⁸⁴

1. Posteriormente, con la expedición de la Ley 970 de 2005, Colombia aprobó la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, cuya finalidad consiste en: “a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.”¹⁸⁵

1. Al respecto, esta Corporación, al momento de revisar la constitucionalidad de dicha Convención, señaló que “la obligación del Estado colombiano de implementar instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, dirigidos a la prevención de la corrupción es consecuencia natural de los postulados constitucionales que propugnan por la transparencia en el ejercicio de la función pública como condición necesaria para el debido funcionamiento del sistema democrático.”¹⁸⁶ Es decir, que el establecimiento de medidas encaminadas a preservar el buen funcionamiento del Estado, no sólo se traduce en un compromiso de carácter convencional, sino que hace parte de la naturaleza propia de los postulados de la Constitución que justifican la adopción del Estado Social de Derecho, sobre todo, “por la sujeción de la actuación de sus autoridades a los principios de legalidad, objetividad y

debida utilización de los recursos públicos.”¹⁸⁷

1. En la misma Sentencia, la Corte concluyó afirmando que, “ante la grave afectación que los actos de corrupción irrogan a bienes jurídicos intrínsecamente valiosos en tanto están estrechamente relacionados con principios y valores constitucionales, toda actuación que tenga por objeto la prevención del fenómeno es, no sólo acorde a la Carta, sino también una vía adecuada y necesaria para la realización de las finalidades del aparato estatal.”¹⁸⁸

1. Aunque históricamente el término “corrupción” ha sido comprendido como un fenómeno perturbador proveniente de las personas que ostentan algún tipo de función pública, consistente, esencialmente en la defraudación de los principios y valores sobre los cuales se cimienta el Poder Público, es también viable comprender en dicha conceptualización las actuaciones de los particulares que lesionan el patrimonio del Estado. Lo anterior, como una imperiosa necesidad de aplicar la Constitución Política de 1991 en relación con los deberes a cargo de los particulares.

1. En esa medida, el artículo 95 de la Constitución, señala que “[l]a calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades” y que “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.” En tal virtud, esa misma norma constitucional señala que son deberes de la persona y de los ciudadanos, entre otros, respetar los derechos ajenos -entre ellos la propiedad estatal que integran el patrimonio público adquirida principalmente con los recursos de los contribuyentes y que está al servicio de todos-, y no abusar de los propios; defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica y con ella del orden público y la tranquilidad social; y, propender al logro y mantenimiento de la paz, todo lo cual se convierte en el punto de partida para el buen ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. De ahí que quienes lesionan o generan detrimento al patrimonio público, integrado entre otros por recursos y bienes (muebles e inmuebles), no

sólo podrán ser investigados y enjuiciados por la justicia penal, sino también, por las autoridades a cuyo cargo está la vigilancia y el control fiscal relacionado con la gestión fiscal y la consecuente deducción de responsabilidad fiscal, si se tiene cuenta que tales actos constituyen conductas corruptas de trasgresión -con pleno conocimiento- del orden justo y en particular del orden público económico, que predica el Estado Social de Derecho contemplado en la Constitución Política.

1. En síntesis, el Estado colombiano propende por combatir la corrupción, no sólo desde el mandato mismo de la Constitución, sino también desde el marco jurídico internacional como respuesta a un fenómeno que ha permeado a múltiples sociedades. En ese sentido, en plena concordancia con los antecedentes jurisprudenciales sobre la temática, la Sala Plena recalca que todas y cada una de las actividades encaminadas a luchar en contra de ese flagelo, siempre que no contraríen la Constitución Política, son un reflejo de la intención del legislador de preservar la armonía de la actividad del Estado que pretenden la protección del patrimonio público.

A. Solución al problema jurídico planteado

1. Con el cargo formulado en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad se solicita de la Corte declarar la inexecutable del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, porque, a juicio del actor, dicha disposición desborda el ámbito del control fiscal al determinar que los particulares son responsables fiscales cuando, sin realizar gestión fiscal, participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público, especialmente cuando con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos, inmuebles o muebles.

1. A juicio del accionante, la disposición en comento lesiona los artículos 4, 119, 267, 268.5 y 272 de la Constitución Política, puesto que el presupuesto necesario para activar el control

fiscal lo constituye fundamentalmente el ejercicio de la “gestión fiscal”, motivo suficiente para considerar la necesidad de excluir del ordenamiento jurídico una norma que, contrario a dicha finalidad, pretende atribuir una responsabilidad que no ha sido prevista por la Constitución Política.

1. Así, entonces y con fundamento en lo hasta aquí expuesto, desde ya la Corte considera que el cargo presentado en la demanda está llamado a prosperar, puesto que, como más adelante se explicará, el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 es inconstitucional, en tanto que introduce en el ordenamiento jurídico un ingrediente normativo que no tiene sustento en la Constitución Política de 1991, como lo es, la atribución a las contralorías General de la República y territoriales para deducir responsabilidad fiscal de los particulares que sin realizar gestión fiscal por habilitación legal, administrativa o contractual, con su acción dolosa o gravemente culposa lesionan o dañan el patrimonio público-, en tanto que tal acción -reprochable y sancionable con fundamento en otros instrumentos legales, no guarda relación alguna con las actividades de percepción, recibo, administración, manejo, disposición o destinación de recursos o bienes de naturaleza pública que son las que caracterizan la gestión fiscal.

1. El artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, establece que: “Los particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público y que, sin ser gestores fiscales, con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos, inmuebles o muebles, serán objeto de responsabilidad fiscal en los términos del artículo 4o de la Ley 610 de 2000 y demás normas que desarrollan la materia. Para estos efectos, una vez se abra la correspondiente noticia criminal, la Fiscalía General de la Nación remitirá copia e informará lo correspondiente al órgano de control fiscal competente y a la Procuraduría General de la Nación.” (Cursivas fuera de texto)

1. Aquí es necesario precisar la ubicación normativa del artículo demandado, reiterando que

la Ley 2195 de 2022¹⁸⁹ fue expedida con la finalidad de “adoptar disposiciones tendientes a prevenir los actos de corrupción, a reforzar la articulación y coordinación de las entidades del Estado y a recuperar los daños ocasionados por dichos actos con el fin de asegurar promover la cultura de la legalidad e integridad y recuperar la confianza ciudadana y el respeto por lo público.”¹⁹⁰ El capítulo VI en el cual fue insertada esta disposición, fue titulado: “Fortalecimiento administrativo para la lucha contra la corrupción”.

1. En ese sentido, y en concordancia con el contexto normativo reseñado y lo señalado en algunas de las intervenciones en el presente proceso, incluidas las de la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, la Corte coincide en resaltar que, la finalidad del legislador al momento de concebir la norma enjuiciada, no era otra que trazar mecanismos y herramientas encaminadas a salvaguardar el patrimonio del Estado frente a los daños ocasionados por parte de los particulares, no sólo por los compromisos internacionales asumidos en pro de la erradicación del fenómeno de la corrupción, sino con la misión de fortalecer la capacidad de acción estatal en dicho ámbito, concretamente, frente a la responsabilidad de los particulares que atenten contra el patrimonio público.

1. La Corte destaca el esfuerzo del legislador para combatir la corrupción para lo cual, en armonía con lo dicho en la parte dogmática de esta providencia, la Constitución Política ha previsto fines, objetivos, atribuciones, facultades y potestades concretos para cada uno de los órganos que integran las Ramas del Poder Público y los demás órganos, autónomos e independientes, los cuales debe cumplirlos en los estrictos y precisos límites que ella contempla, sin perjuicio del principio de prohibición de exceso, que también se constituye en un elemento fundamental de las relaciones entre el Estado y los particulares, en tanto éste se traduce en un límite al ejercicio del poder público.¹⁹¹

1. En esa medida, la Corte reconoce que tales límites permiten garantizar la vigilancia y control del patrimonio público con motivo de la gestión fiscal, esto es, de la entrega, recibo o percepción, manejo, administración, destinación o disposición de recursos o fondos y bienes de naturaleza pública realizada por habilitación legal o administrativa o en una estipulación contractual estatal que así lo prevea.

1. En ese orden de ideas, como se ha descrito en esta providencia, la realización de gestión fiscal es la causa, razón o motivo que la Constitución Política y con sujeción a ella la ley han previsto para accionar la vigilancia y el control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y las contralorías territoriales y, como consecuencia de ello, ulteriormente, para establecer o deducir la responsabilidad fiscal que de ella se deriva. En tal virtud, de conformidad con lo que ordena el artículo 268-5 de la Constitución, sus normas concordantes y las legales que lo desarrollan, el elemento esencial que permite activar la vigilancia y el control fiscal lo mismo que para establecer o deducir responsabilidad fiscal cuando quiera que exista detrimento del patrimonio estatal lo constituye esencialmente el ejercicio de la gestión fiscal, es decir, las actividades relacionadas con la entrega, recibo, percepción, administración, manejo, disposición y destinación de recursos y bienes de naturaleza pública por habilitación o atribución legal o administrativa o por estipulación contractual que así lo determine.

1. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución, y las normas que los desarrollan como el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y los límites previstos en el artículo 4 de esa misma Ley, la gestión fiscal es la que juega un papel preponderante para efectos de establecer o deducir responsabilidad fiscal en los procesos de naturaleza administrativa que adelantan las Contralorías General de la República y territoriales o la Auditoría General de la República. En otros términos, sin gestión fiscal resultante de una habilitación legal, administrativa o contractual, no puede deducirse responsabilidad fiscal.

1. El numeral 5 del artículo 268 de la Constitución delimita la competencia del Contralor General de la República y, de contera de los contralores territoriales y del Auditor General según lo previsto en los artículos 272 y 274, cuando le atribuye la potestad de “establecer la responsabilidad fiscal 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” (subrayado fuera del texto), disposición que complementa el

contenido del artículo 119 de la Constitución, que señala: “La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración.”

1. Adicionalmente, también es preciso reiterar lo dispuesto en el marco dogmático de esta sentencia, en relación con la previsión contenida en el inciso sexto del artículo 267, el cual establece que, “[l]a Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa presupuestal” y que “No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización y al cumplimiento de su misión constitucional”. Esto porque, además, la norma legal que ahora se revisa también contraría dicho parámetro establecido por la Constitución, en la medida en que crea una función distinta a la que originalmente fue atribuida al ente de control fiscal, pues como ampliamente ha sido expuesto, el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 permite establecer o deducir responsabilidad fiscal de los particulares que, sin ser gestores fiscales, con su actuar doloso y/o gravemente culposo lesionen o dañen el patrimonio público.

1. En esa medida, prever que los particulares puedan ser responsables fiscales cuando, sin realizar gestión fiscal por habilitación legal, administrativa o contractual y por tanto, sin ser gestores fiscales, participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público, especialmente cuando con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos, inmuebles o muebles, desconoce abiertamente los postulados anteriormente señalados, puesto que supera las facultades, atribuciones y potestades atribuidas a la Contraloría General de la República y demás órganos de vigilancia y control fiscal.

1. De ese modo, las finalidades observadas por el legislador no pueden en ningún caso desconocer las precisas funciones, facultades y potestades atribuidas por la Constitución Política a las Contralorías las cuales definen sus competencias específicas y con ellas los límites de sus actuaciones. En el caso que nos ocupa, el legislador no tuvo en cuenta que en

los asuntos relativos a la vigilancia y control fiscal, lo mismo que al establecimiento o deducción de responsabilidad fiscal, tanto la Constitución Política como la ley, han señalado que ella se deriva del ejercicio de gestión fiscal que se ejerce previa habilitación legal, administrativa o contractual, y que se cumple mediante el recibo, percepción, entrega, administración, manejo, destinación o disposición de recursos y bienes de naturaleza pública.

1. De ese modo, las finalidades así sean loables del legislador, como el caso que nos ocupa, no pueden desconocer el modelo de Estado acogido en la Carta de 1991, que, como ha sido advertido, se funda en la asignación de competencias específicas para los órganos que integran el Poder público. Por consiguiente, dentro de ese diseño constitucional no cabe una disposición que se establece sin la observancia de los cánones sobre los cuales debe, necesariamente, cimentarse.

1. Lo anterior, porque el legislador no tuvo en cuenta que, en los asuntos relativos a la vigilancia y control fiscal y al establecimiento de responsabilidad fiscal, tanto la Carta Política, como el amplio precedente constitucional sobre la materia, han señalado que solo puede deducirse responsabilidad fiscal, siempre que se demuestre que la entidad pública o particular y los servidores públicos y/o los particulares ejercen gestión fiscal por habilitación legal, administrativa o contractual y en consecuencia realicen las actividades con ella relacionadas.

1. En todo caso, si conforme al régimen constitucional y legal vigente, se pretende obtener el resarcimiento del patrimonio público con motivo de las actuaciones de particulares que, sin ser gestores fiscales, dañan e inutilizan bienes muebles o inmuebles que integran el patrimonio público, para ello existen otra clase de procesos judiciales y policivos, ante la justicia penal, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante autoridades de policía, según el caso.

1. Así, por ejemplo, el artículo 265 del Código Penal contenido en la Ley 599 de 2000, prevé como delito contra el patrimonio económico, el daño en bien ajeno, que tiene como circunstancia de agravación punitiva, si la conducta en él descrita recae sobre bienes de uso público (artículo 266, numeral 4) o sobre bienes del Estado (Artículo 267, numeral 2).

1. En materia contenciosa administrativa, debe tenerse presente que en aquellos eventos que escapan al control fiscal y en los cuales deba ser indemnizado o resarcido el patrimonio de una entidad de derecho público por sufrir un detrimento, menoscabo o inutilización de sus bienes, existen otros mecanismos judiciales, como por ejemplo, el deber de las entidades públicas de promover el medio de reparación directa, en los precisos términos del inciso tercero del artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, el cual determina que: “[l]as entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.”

1. En consecuencia, en el caso objeto de análisis, prever que los particulares son responsables fiscales cuando, sin tener la calidad de gestores fiscales y por lo tanto sin realizar gestión fiscal alguna, participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público, especialmente cuando con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos, inmuebles o muebles, desborda la esfera de la vigilancia y el control fiscal y no permite en consecuencia deducir responsabilidad fiscal, so pena de violar los artículos 4, 119, 267, 268-5 y 272 de la Constitución Política.

1. Frente al inciso final de la norma acusada, esto es, la remisión de la noticia criminal por parte de la Fiscalía a la Contraloría y a la Procuraduría, ella solo tendría sentido dentro de la norma estudiada si se refería al particular que ejerce gestión fiscal, por lo que, al

desaparecer la primera parte del artículo, de suyo, por sustracción de materia y en tanto y en cuando la puesta en conocimiento de los posibles punibles de cualquier persona que no son objeto de control fiscal pierde su razón de ser, este aparte también será declarado inexecutable por congruencia con el resto del artículo.

1. Por las razones expuestas, la Sala Plena declarará la inexecutable del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, “[p]or medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”.

A. Síntesis de la decisión

1. En el presente caso, la Corte estudió la demanda interpuesta por un ciudadano en contra del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, “[p]or medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”, tras considerar, como único cargo, que este contraviene los artículos 4, 119, 267, 268.5, y 272 de la Constitución, en tanto somete a los particulares a responsabilidad fiscal sin haber realizado gestión fiscal conforme a los títulos habilitantes para ello.

1. Bajo ese contexto, la Sala Plena, antes de formular el problema jurídico, se ocupó de analizar lo relativo a la aptitud sustantiva de la demanda concluyendo que, en efecto, esta cumplía con los requisitos previstos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y el desarrollo jurisprudencial de esta Corporación en esa materia, esto es, que los argumentos señalados en la acción pública de inconstitucionalidad fueron claros, ciertos, pertinentes, específicos, y suficientes para suscitar una duda mínima para que la Corte se pronunciara sobre el fondo del cargo formulado.

1. Luego, la Sala Plena consideró necesario realizar la integración de la unidad normativa con la proposición completa del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, puesto que, si bien la demanda fue presentada formalmente en contra del artículo 37, lo cierto es que materialmente el concepto de la violación recayó únicamente sobre la expresión “sin ser gestores fiscales”. Motivo por el cual, con la finalidad de conservar la uniformidad del ordenamiento, es necesario incluir en el análisis de mérito sobre la norma en su conjunto a fin de que la sentencia cobije otros elementos en ella contenidos.

1. La Corte consideró que debía resolver el siguiente problema jurídico: ¿el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, en su conjunto, desborda las competencias de la Contraloría General de la República, así como las de los demás órganos de control fiscal, al atribuirle la ley la facultad de establecer o deducir responsabilidad fiscal de los particulares que, sin tener la calidad de gestores fiscales y por lo tanto sin realizar gestión fiscal alguna, participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio del Estado, representado, además, en sus bienes muebles e inmuebles?

1. Para resolver dicho problema jurídico, la Sala Plena se centró: (i) en los antecedentes históricos del control fiscal en Colombia; (ii) el control fiscal en la Constitución de 1991; (iii) la gestión fiscal; (iv) el gestor fiscal; (v) el poder habilitante para el ejercicio de la gestión fiscal; (vi) la responsabilidad fiscal; y, (vii) el contexto de la norma acusada.

1. En ese sentido, la Sala Plena concluyó que la norma censurada es contraria a la Constitución, puesto que el legislador le atribuyó a los órganos de control fiscal una facultad que constitucionalmente no le está permitida, como lo es, establecer o deducir responsabilidad fiscal de los particulares cuando no ejercen gestión fiscal.

1. La Corte señaló que la gestión fiscal es la razón, causa o motivo por virtud de la cual la Constitución y la ley han previsto establecer responsabilidad fiscal, o lo que es lo mismo, que

sin gestión fiscal no se puede establecer, predicar o deducir responsabilidad fiscal. Para la Sala Plena, el elemento esencial que permite activar la vigilancia fiscal y consecuencialmente establecer responsabilidad fiscal con miras a la preservación del patrimonio público recae fundamentalmente en el ejercicio de la gestión fiscal, es decir, en las actividades relacionadas con la entrega, recibo, percepción, administración, manejo, disposición o destinación de recursos y bienes de naturaleza pública, realizadas con fundamento en una atribución legal o administrativa o en una estipulación contenida en un contrato estatal.

1. A su turno, la Sala reiteró que el proceso de responsabilidad fiscal tiene un objeto claro y preciso: Resarcir el patrimonio público con motivo de una conducta sea por acción o por omisión relacionada estrictamente con el ejercicio de la gestión fiscal.

1. El numeral 5 del artículo 268 de la Constitución delimita las competencias del Contralor General de la República, cuando le atribuye “establecer la responsabilidad fiscal que se derive de la gestión fiscal” y complementa lo dispuesto en el artículo 267, en cuanto señala que la Contraloría no tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización y al cumplimiento de su misión constitucional.

1. Al analizar el contenido del artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 la Corte constató que es inconstitucional, toda vez que, frente a los particulares, desconoce varios mandatos y finalidades de la Carta que se articulan entre sí: (i) el control fiscal no puede ser empleado para perseguir un fin distinto al de la vigilancia de la gestión fiscal; y, (ii) no se puede establecer responsabilidad fiscal sin gestión fiscal.

1. Finalmente, frente al inciso final de la norma acusada, esto es, la remisión de la noticia criminal por parte de la Fiscalía a la Contraloría y a la Procuraduría, la Corte concluyó que ella solo tendría sentido dentro de la norma estudiada si se refería al particular que ejerce gestión fiscal, por lo que, al desaparecer la primera parte del artículo, de suyo, por

sustracción de materia y en tanto y en cuando la puesta en conocimiento de los posibles punibles de cualquier persona que no son objeto de control fiscal pierde su razón de ser, este aparte también será declarado inexecutable por congruencia con el resto del artículo.

1. En esa medida, prever en el artículo 37 de la Ley que se examina que los particulares son responsables fiscales sin ser gestores fiscales y sin realizar gestión fiscal alguna, esto es, porque participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de daños al patrimonio público, especialmente cuando con su acción dolosa o gravemente culposa ocasionen daños a los bienes públicos, inmuebles o muebles, desborda la esfera de la vigilancia y el control fiscal y no permite deducir responsabilidad fiscal so pena de violar los artículos 4, 119, 267, 268-5 y 272 de la Constitución Política.

1. Por lo anterior, la Corte declarará la inexecutable de la norma cuestionada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

ÚNICO.- Declarar INEQUIVOCABLE el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022, “[p]or medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

HERNÁN CORREA CARDOZO

Magistrado (E)

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El escrito fue presentado el 9 de mayo de 2022.

2 Diario Oficial No. 51.921 de 18 de enero de 2022.

3 Expediente electrónico. “Corrección de la demanda”, folio 18.

4 Ídem, folio 20.

5 El escrito fue presentado el 27 de mayo de 2022.

6 Expediente electrónico. “1. Intervención Jorge Hernán Ospina”, folio 4.

8 Ibidem.

9 “(...) Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales. (...).” (Énfasis del interviniente).

10 Expediente electrónico. “1. Intervención Jorge Hernán Ospina”, folio 6.

11 Ídem.

12 Ibidem, folio 16.

13 Ídem, folio 17.

14 Ibidem.

15 El escrito fue presentado el 17 de junio de 2022.

16 Expediente electrónico. “4. Intervención Juan Diego Buitrago”, folio 6.

17 Ídem, folio 5.

18 Ibidem, folios 5 y 6.

19 Expediente electrónico. “5. Intervención Iván Darío Gómez Lee”, folio 3.

20 “(...) si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. Y es que no tendría sentido un control fiscal desprovisto de los medios y mecanismos conducentes al establecimiento de responsabilidades fiscales con la subsiguiente recuperación de los montos resarcitorios. La defensa y protección del erario público así lo exige en aras de la moralidad y de la efectiva realización de las tareas públicas. Universo fiscal dentro del cual transitan como potenciales destinatarios, entre otros, los directivos y personas de las entidades que profieran decisiones determinantes de gestión fiscal, así como quienes desempeñen funciones de ordenación, control, dirección y coordinación, contratistas y particulares que causen perjuicios a los ingresos y bienes del Estado, siempre y cuando se sitúen dentro de la órbita de la gestión fiscal en razón de sus poderes y deberes fiscales. (...) En este orden de ideas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión ‘con ocasión de ésta’, contenida en el artículo 1 de la ley 610 de 2000, bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal.” Cita tomada por el interviniente de la Sentencia C-840 de 2001.

21 La frase declarada exequible por la Corte es: “con ocasión de”.

22 Expediente electrónico. “5. Intervención Iván Darío Gómez Lee”, folio 4.

23 Ibidem, folio 5.

24 Ídem, folio 8.

25 Ibidem, folio 10.

26 Ibidem.

27 Ibidem, folios 10 y 11.

28 Expediente electrónico. “5. Intervención Iván Darío Gómez Lee”, folio 11.

29 Ídem, folio 12.

30 Ídem, folio 14.

31 El escrito fue presentado por el señor Kenneth Burbano Villamarín, en calidad de director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho.

32 Expediente electrónico. “7. Intervención Universidad Libre”, folio 4.

33 Ídem, folio 7.

35 Ibidem, folio 4.

36 Expediente electrónico. “8. Intervención Carlos Alberto Atehortúa”, folio 9.

37 El escrito fue presentado el 21 de junio de 2022, por el señor Juan Martín Caicedo Ferrer, en su condición de Presidente Ejecutivo y Representante Legal.

38 Expediente electrónico. “9. Cámara Colombiana de la Infraestructura”, folio 5.

39 Ídem, folio 6.

40 Ibidem.

41 El escrito fue presentado el 17 de junio de 2022, suscrito por el Representante Judicial de la entidad.

42 Expediente electrónico. “3. Intervención CGR”, folio 6.

43 Ibidem.

44 Ídem.

45 Expediente electrónico. “3. Intervención CGR”, folio 7.

46 Ídem.

47 “El control fiscal, en cuanto instrumento adecuado para garantizar la correspondencia entre gasto público y cumplimiento de los fines legítimos del Estado, tiene un reconocimiento constitucional de amplio espectro. En este sentido, es la utilización de los recursos públicos la

premisa que justifica, por sí sola, la obligatoriedad de la vigilancia estatal. Por lo tanto, aspectos tales como la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate, sus objetivos o la índole de sus actividades, carecen de un alcance tal que pueda cuestionar el ejercicio de la función pública de control fiscal. Adicionalmente, debe advertirse que el cumplimiento del principio de eficiencia del control fiscal lleva a concluir que toda medida legislativa que a partir de restricciones injustificadas e irrazonables, impida el ejercicio integral de la vigilancia estatal de los recursos, esto es, los controles financiero, legal, de gestión y de resultados, es contraria a los postulados constitucionales. En efecto, los argumentos precedentes demuestran que las disposiciones de la Constitución Política que regulan el control fiscal pretenden asegurar el nivel más amplio de vigilancia del uso de los fondos y bienes de la Nación. Esta concepción, además, es consecuente con un modelo de Estado constitucional que, como sucede en el caso colombiano, está interesado en la protección del interés general y el cumplimiento cierto de los deberes del aparato estatal”. Cita referida por la Contraloría General de la República, perteneciente a la Sentencia C-529 de 2006.

48 Expediente electrónico. “3. Intervención CGR”, folio 9.

49 Nota: La Sala Plena aclara que no se trata del artículo 267, sino del artículo 268, que corresponde a las atribuciones del Contralor General de la República: “5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva, para lo cual tendrá prelación”.

50 Expediente electrónico. “3. Intervención CGR”, folio 13.

51 El escrito fue presentado el 27 de mayo de 2022.

52 Expediente electrónico. “2. Intervención Sigifredo Chavarriaga”, folio 3.

53 Ibidem.

54 Ídem.

55 Expediente electrónico. “2. Intervención Sigifredo Chavarriaga”, folio 4.

56 Ídem.

58 Las reglas señaladas por el accionante, son las siguientes: “i) Cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución; ii) 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; (sic) iii) En la esfera de la gestión fiscal se encuentran entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo; iv) Es irrelevante la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata”.

59 “El principio de efecto útil de las normas implica que si la interpretación conforme a la Constitución de una determinada norma le da todo efecto jurídico, lo que en realidad debería proceder es una declaratoria de exequibilidad pura y simple. De acuerdo con el principio hermenéutico de conservación del derecho, también conocido como principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución, la Corte Constitucional no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexequibilidad, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional”. Cita descrita por el interviniente, que corresponde a la Sentencia C-499 de 1998.

60 Expediente electrónico. “2. Intervención Sigifredo Chavarriaga”, folio 5.

61 Ibidem.

62 El escrito fue presentado el 17 de junio de 2022, suscrito por el Profesor Milton José Pereira Blanco, perteneciente al Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

63 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”.

64 Expediente electrónico. “6. Intervención Universidad de Cartagena”, folio 4.

65 Ídem, folio 5.

66 Ibidem, folio 6.

67 Ídem, folio 7.

68 Escrito radicado por el Procurador Auxiliar de Asuntos Constitucionales el 21 de julio de 2022.

69 Expediente electrónico. “10. Concepto de la PGN”, folio 5.

70 Ídem, folio 3.

71 Ibidem, folio 4.

72 Expediente electrónico. “10. Concepto de la PGN”, folio 5.

73 Cfr. Sentencias C-623 de 2008, C-894 de 2009, C-055 de 2013, C-281 de 2013, y C-269 de 2022.

74 “Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”.

75 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-044 de 2021.

76 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-509 de 1996, C-447 de 1997, C-236 de 1997, y C-269 de 2022.

77 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-1052 de 2001, C-236 de 1997, C-447 de 1997, C-426 de 2002, C-170 de 2004 y C-586 de 2016, entre otras.

78 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-980 de 2005 y C-501 de 2014.

79 Al respecto, además, en la Sentencia C-372 de 2011, la Corte manifestó: “(...) con base en la jurisprudencia constitucional se ha considerado que “la apreciación del cumplimiento de tales requerimientos ha de hacerse en aplicación del principio pro actione de tal manera que

se garantice la eficacia de este procedimiento vital dentro del contexto de una democracia participativa como la que anima la Constitución del 91. Esto quiere decir que el rigor en el juicio que aplica la Corte al examinar la demanda no puede convertirse en un método de apreciación tan estricto que haga nugatorio el derecho reconocido al actor y que la duda habrá de interpretarse a favor del demandante, es decir, admitiendo la demanda y fallando de fondo”.

80 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 2009.

81 Ley 2195 de 2022, artículo 37.

82 Numeral 5 del artículo 268 de la Constitución.

83 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016.

84 Decreto 2067 de 1991, artículo 22. “La Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a control con la totalidad de los preceptos de la Constitución, especialmente los del Título II, salvo cuando para garantizar la supremacía de la Constitución considere necesario aplicar el último inciso del artículo 21. // La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera <sic> norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso.”

85 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-595 de 2010, C-814 de 2014, C-410 de 2015, C-182 de 2016 y C-495 de 2019, entre otras.

86 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-409 de 2009, C-055 de 2010, C-410 de 2015 y C-495 de 2019, entre otras.

88 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2010. “Sin embargo, para que la Corte Constitucional pueda hacer uso de dicha facultad es forzoso que el actor haya efectuado un cargo de inconstitucionalidad verificable respecto de los contenidos que conformarían la proposición jurídica completa.”

89 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-409 de 1994, C-320 de 1997, C-930 de 2009, C-870 de 2010, C-816 de 2011 y C-966 de 2012.

90 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-104 de 2016.

91 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-539 de 1999, C-538 de 2005, C-925 de 2005, C-055 de 2010, C-553 de 2010, C-816 de 2011, C-879 de 2011, C-889 de 2012, y C-1017 de 2012, entre otras.

92 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-528 de 2013, C-814 de 2014, C-306 de 2019, y C-094 de 2020, entre otras.

93 La función de control fiscal es una de las más antiguas en el derecho público colombiano la cual fue ejercida primero por los Oidores de la Real Audiencia, quienes además adelantaron los juicios de residencia por, entre otras causas, detrimento patrimonial; seguidamente, entre 1606 y hasta mediados de la década de los años veinte del S. XIX, por el Tribunal de Cuentas, el cual fue reemplazado por la Corte de Cuentas que, conforme a varias leyes, entre ellas, el Código Fiscal, la ejerció hasta 1923; a partir de este año y hasta 1945, con fundamento en lo previsto por la Ley 42 de 1923, por el Departamento de Contraloría; y, desde 1945 hasta la fecha, con fundamento en la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 1 de 1945 y luego por la Constitución de 1991 y el Acto Legislativo 4 de 2019, por la Contraloría General de la República.

94 Quienes eran nombrados por el entonces Poder Ejecutivo Nacional, con la aprobación de la Cámara de Representantes.

95 Cfr. Ley 42 de 1923, artículo 6.

96 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

97 Ídem.

98 Ibidem.

99 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

100 Ídem.

101 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995.

102 Declarado exequible por los cargos analizados, mediante Sentencia C-140 de 2020.

103 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-140 de 2020.

104 Gaceta del Congreso No. 195 de 2019, p. 19.

105 Ibidem.

106 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2022.

107 “El cual ‘reformó la Constitución con el objeto de fortalecer y complementar el régimen del control fiscal. Esta reforma estuvo fundada en la necesidad de adaptar las instituciones del control fiscal a las ‘nuevas realidades de la administración de los recursos, que permitan mitigar las dificultades que actualmente se presentan para cumplir su objeto principal, esto es, la protección del recurso público en el marco de la lucha contra la corrupción’.” Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2022.

108 Debe tenerse en cuenta que en la Sentencia C-198 de 2020, la Corte señaló que “el control preventivo y concomitante no busca establecer la responsabilidad fiscal, cuestión que corresponde al control posterior y selectivo, sino que tiene un carácter preventivo y no vinculante. Se trata, como expresamente lo dice el numeral 13 del artículo 2 del Acto Legislativo 4 de 2019, de advertir al gestor fiscal sobre la existencia de un riesgo inminente, a fin de prevenir la ocurrencia de un daño.”

109 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-237 de 2022

110 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1993.

111 Ibidem

112 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995.

113 Ibidem.

114 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-374 de 1995 y C-403 de 1999.

115 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 1995.

116 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-570 de 1997.

117 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-499 de 1998.

118 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-403 de 1999.

119 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 2006.

120 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 2011.

121 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-826 de 2013

122 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-163 de 2020.

123 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 2009.

124 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-140 de 2020.

125 Ibidem.

126 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-091 de 2022.

128 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 1995.

129 Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías.

130 Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

131 Ibidem.

132 Tal como ocurre en relación con los empleados de las empresas de servicios públicos mixtas; y de las empresas de servicios públicos privadas que incorporen aportes estatales. (arts. 14, numerales 6 y 7, y 41 de la ley 142/94). Cita original de la sentencia.

133 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

134 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2002.

135 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-374 de 1995.

136 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

137 Ídem.

138 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU 620 de 1996. Así mismo, el artículo 112 del Decreto 111 de 1996 señala como fiscalmente responsables a: “a) Los ordenadores de gastos y cualquier otro funcionario que contraiga a nombre de los órganos oficiales obligaciones no autorizadas en la ley, o que expidan giros para pagos de las mismas; b) Los funcionarios de los órganos que contabilicen obligaciones contraídas contra expresa prohibición o emitan giros para el pago de las mismas; c) El ordenador de gastos que solicite la constitución de reservas para el pago de obligaciones contraídas contra expresa prohibición legal, y d) Los pagadores y el auditor fiscal que efectúen y autoricen pagos, cuando con ellos se violen los preceptos consagrados en el presente estatuto y en las demás normas que regulan la materia.”

139 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-167 de 1995.

140 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-508 de 1997 y C-655 de 2003.

141 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-736 de 2007.

142 Cfr. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 85001-23-33-000-2015-00332-01 del 07 de mayo de 2020.

143 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-883 de 2011.

144 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1714 de 2000.

145 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

146 Ibidem.

147 Ibidem.

148 Ídem.

149 Cfr. Consejo de Estado, Sentencia del 12 de noviembre de 2015.

150 Sentencia SU-620 de 1996

151 Sentencia C-484 de 2000

152 Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

153 Ibidem.

154 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-840 de 2001.

155 Ídem.

156 Ley 610 de 2000, artículos 1 y 6.

157 Ley 610 de 2000, artículo 7.

158 A modo de ilustración, la Contraloría General de la República, ha precisado que, si la acción u omisión de la gestión fiscal es realizada por una persona jurídica, es condición sine qua non que aquella tenga la capacidad de ejercer alguna de las actividades contenidas en el artículo 3 de la Ley 610 de 2000 y de decidir sobre el uso de los recursos públicos, llámense representantes legales, administradores, gerentes o directores. Además, agregó que “la calidad con la que actuaron los presuntos responsables fiscales es la que determina el patrimonio que ha de perseguirse,” es decir, que, si la actuación se derivó en ejercicio de la calidad de socio de una compañía, por ejemplo, el patrimonio que se persigue es el de la persona jurídica, no obstante, si aquel se aparta de sus facultades y lo hace como persona natural que decide sobre la disposición de recursos públicos, se perseguirá el patrimonio de esta última en su condición de particular. Cfr. Contraloría General de la República, Concepto 2018EE0035259 del 21 de marzo de 2020, pp. 7, 8 y 10.

159 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-046 de 1994, SU-620 de 1996, T-973 de 1999, C-635 de 2000 y T-1318 de 2001.

160 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-512 de 2013.

161 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-620 de 1996.

162 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 2015.

163 Ibidem.

164 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-557 de 2009.

165 Constitución Política, artículo 268.

166 Corte Constitucional, Sentencia SU-431 de 2015.

167 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-840 de 2001.

168 Ley 2195 de 2022, artículo 1.

169 “Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones”.

171 “Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”.

172 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”.

173 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

174 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.

175 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

176 “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”.

177 “Por la cual se crea el Fondo Especial para la Administración de Bienes de la Fiscalía General de la Nación, se establecen los Sistemas de Administración de Bienes, y se dictan disposiciones generales sobre su funcionamiento”.

178 “Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”.

179 “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”.

180 “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”.

181 “Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad”.

182 “Por medio de la cual se regula el funcionamiento de los consultorios jurídicos de las instituciones de educación superior”.

183 Artículo 2 de la Convención.

184 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-397 de 1998

185 Artículo 1 de la Convención.

186 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-172 de 2006.

187 Ídem.

188 Ídem.

189 “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”.

190 Artículo 1. Objeto de la ley.

191 El principio de “prohibición de exceso” fue desarrollado por esta Corporación en la Sentencia T-032 de 2016, señalando, entre otros aspectos, que: “El moderno

constitucionalismo, muestra progresivo desarrollo en torno al principio de prohibición del exceso, que ha tenido particular evolución en la cultura jurídica alemana, que a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, ha reconocido, de tiempo atrás, que los principios de prohibición de exceso y de proporcionalidad se constituyen como reglas directamente aplicables a las actuaciones del Estado y sus poderes, entendiéndolos como principios constitucionales pilares de un Estado de Derecho”.