

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – Como órgano de control y su función misional / VIGILANCIA DE LA GESTIÓN FISCAL Y DEL CONTROL FISCAL – A cargo de la Contraloría General de la República / GESTIÓN FISCAL Y CONTROL FISCAL – Está a cargo de la Administración, particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos / CONTROL FISCAL – Puede ser posterior y selectivo o preventivo y concomitante / CONTROL FISCAL PREVENTIVO Y CONCOMITANTE - Noción

La Constitución Política de 1991, al establecer la estructura del Estado, indicó en el artículo 113 que además de los órganos que integran las tres ramas del poder público, “existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado” y en el artículo 117 mencionó a la Contraloría General de la República como uno de los órganos de control, para luego, mediante el artículo 119, otorgarle su misión, consistente en 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”. (...) [E]n el tema de las funciones de vigilancia de la gestión fiscal y del control fiscal, que interesan a la consulta, el artículo 267 de la Constitución Política, tal como fue modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Núm. 4 del 18 de septiembre de 2019, las establece a cargo de la Contraloría General de la República con mayor amplitud y contundencia, cuando dispone que estas funciones públicas recaen sobre 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” y que el control fiscal ya no se ejercerá solamente en forma posterior y selectiva, sino que además, podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. Esta nueva clase de control fiscal tiene carácter excepcional, no implica coadministración y se debe realizar en tiempo real por medio del seguimiento permanente de los ciclos, el uso, la ejecución, la contratación y el impacto de los recursos públicos, mediante la utilización de tecnologías de la información, la participación del control social y de forma articulada con el control interno de las entidades públicas. Este control no está concebido para analizar la conveniencia de las decisiones de los administradores de los recursos públicos, pues ello constituiría una modalidad de coadministración y se debe efectuar en forma de advertencia al gestor fiscal. (...) [E]l sentido de la norma superior está orientado siempre al seguimiento permanente del recurso público y su adecuada utilización, de manera que el control fiscal sea eficaz y eficiente, y que, ante la existencia de un faltante o pérdida, el órgano de control fiscal, vale decir, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales procedan a conseguir la recuperación plena del patrimonio público.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 113 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 117 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 119 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 267 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 268 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 269 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 270 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 271 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 272 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 273 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 274 / ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2019 – ARTÍCULO 1

VIGILANCIA Y CONTROL FISCAL – Principios sobre los cuales se fundamentan

El artículo 3º del aludido decreto ley [403 de 2020] enuncia y define los 17

principios sobre los cuales se fundamentan la vigilancia y el control fiscales. Son los siguientes: eficiencia, eficacia, equidad, economía, concurrencia, coordinación, desarrollo sostenible, valoración de costos ambientales, efecto disuasivo, especialización técnica, inoponibilidad en el acceso a la información, tecnificación, integralidad, oportunidad, prevalencia, selectividad y subsidiariedad.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – 268 / ACTO LEGISLATIVO 4 DE 2019 – ARTÍCULO 2 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 3

SISTEMAS DE GESTIÓN FISCAL – Clases

El Decreto Ley 403 de 2020 en su artículo 45, se refirió a los sistemas de control fiscal, como el financiero, el de gestión y el de resultados, a que alude el artículo 267 del ordenamiento superior, pero previó la posibilidad de instaurar otros sistemas. (...) En aras de la claridad, el mismo decreto ley definió a continuación en su articulado, los controles que indica el canon constitucional, y otros dos sistemas de control fiscal, como son la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades. (...) Los conceptos de los controles fiscales adquieren gran importancia para el adecuado ejercicio de las funciones de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, en la medida en que establecen las finalidades y los campos de acción de los distintos tipos de control.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 45 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 46 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 47 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 48 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 49 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 50 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 51

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las finalidades de la vigilancia de la gestión fiscal y su carácter integral, ver: Corte Constitucional, sentencia C-648 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA Y CONTRALORES TERRITORIALES – Atribuciones o funciones / ADELANTAR LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Como una de las funciones fundamentales de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales

[E]l artículo 268 de la Constitución, también modificado por el Acto Legislativo Núm. 04 de 2019 en su artículo 2º, establece las atribuciones del Contralor General de la República, las cuales son asignadas también, en lo pertinente, a los contralores territoriales, en el ámbito de su jurisdicción, conforme al inciso sexto del artículo 272 de la Carta, igualmente reformado por el mencionado Acto Legislativo. (...) una de las funciones fundamentales de la Contraloría General de la República y consiguientemente de las contralorías territoriales, consiste en adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, con la finalidad de determinar la responsabilidad de los sujetos de control fiscal en desarrollo de la gestión fiscal, de conformidad con lo dispuesto por las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que establecen los procedimientos ordinario y verbal, respectivamente, de responsabilidad fiscal (...).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 268 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 272 INCISO 6 / LEY 610 DE 2000 / LEY 1474 DE 2011

PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Ley 610 de 2000 / RESPONSABILIDAD FISCAL – Carácter autónomo / RESPONSABILIDAD FISCAL – Objeto / AGENTE RESPONSABLE FISCAL - Noción / DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO – Noción / CUANTÍA DEL DAÑO CAUSADO AL PATRIMONIO PÚBLICO – Es la suma que los órganos de control fiscal deben cobrar a los responsables fiscales

La responsabilidad fiscal es una responsabilidad autónoma y por tanto, distinta de la responsabilidad penal y de la disciplinaria. (...) Es importante destacar que el objeto de la responsabilidad fiscal es lograr el resarcimiento pleno de los daños ocasionados al patrimonio público por la conducta dolosa o gravemente culposa de los servidores públicos que desarrollan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participan en la causación de tales daños. (...) Por otra parte, en relación con los elementos de la responsabilidad fiscal, que vienen a ser los mismos de cualquier otra responsabilidad, por identidad de la institución jurídica proveniente del derecho romano, el Decreto Ley 403 de 2020 introdujo una modificación al ampliar la noción del agente responsable. Antes, la conducta dolosa o gravemente culposa era atribuida únicamente a la persona que realizaba gestión fiscal, pero con la modificación, esta conducta también es atribuible a quien participe, concorra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado. (...) En síntesis, (...) la noción de daño patrimonial al Estado consiste en la lesión del patrimonio público en los términos legales mencionados, la cual constituye el objeto de la investigación del proceso junto con la responsabilidad fiscal, la cual se debe derivar de una conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de los servidores públicos o particulares que participaron en la causación del daño. Lo anterior, se encuentra en concordancia con lo preceptuado por los artículos 23, 53 y 54 de la Ley 610 de 2000, que establecen la procedencia legal para dictar los fallos con o sin responsabilidad fiscal, de acuerdo con el acervo probatorio que obre en el proceso. (...) La Sala llama la atención sobre el hecho de que el citado artículo 53 prevé claramente que los fallos con responsabilidad fiscal, deben determinar “de forma precisa” la cuantía del daño causado al patrimonio público, de manera que esta constituye la suma que los órganos de control fiscal deben cobrar a los responsables fiscales. La Corte Constitucional ha destacado la importancia que tiene dentro de la función del control fiscal, el proceso de responsabilidad fiscal, su finalidad resarcitoria para recuperar la suma equivalente al detrimento o al daño patrimonial del Estado debido a un comportamiento irregular de un servidor público o un particular que maneja fondos públicos, y sus características. (...) En síntesis, el proceso de responsabilidad fiscal se orienta a determinar si hubo o no detrimento patrimonial del Estado y si la persona o las personas investigadas son o no responsables fiscales, de modo que si el funcionario competente del órgano de control fiscal les dicta fallo con responsabilidad fiscal, el mismo órgano debe realizar todas las gestiones y procedimientos necesarios para lograr el pago total de la suma fijada en el fallo y de esta forma, conseguir el resarcimiento integral del detrimento sufrido por el patrimonio público.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 1 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 3 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 4 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 6 / LEY 1474 DE 2011 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 124 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 125 / DECRETO LEY 403 DE 2020 – ARTÍCULO 126 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 1 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 53 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 1 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 54

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la naturaleza y autonomía de la responsabilidad fiscal, ver: Corte Constitucional, sentencia C-648 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el proceso de responsabilidad fiscal y su finalidad resarcitoria, ver: Corte Constitucional, sentencia C-338 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos

PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Ley 1474 de 2011 / PROCEDIMIENTO VERBAL DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Procedencia y alcance / RESPONSABILIDAD FISCAL – Carácter subjetivo / SOLIDARIDAD PASIVA EN LOS FALLOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Alcance / SOLIDARIDAD DE LOS RESPONSABLES FISCALES – Implica únicamente el cobro del total de la suma objeto del fallo a cualquiera de los responsables solidariamente

El procedimiento verbal de responsabilidad fiscal se creó para aquellos casos en los cuales se observa que con el dictamen de un proceso auditor, la denuncia o la aplicación de cualquier sistema de control, se encuentran configurados los elementos para dictar de una vez, el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal y la imputación de responsabilidad fiscal a los implicados. En estos eventos no se requiere una indagación preliminar que, luego de su tramitación, dé origen al auto de apertura y su consecuente desarrollo para determinar la procedencia o no de dictar el auto de imputación a los presuntos responsables, los cuales son etapas propias de los procesos ordinarios de responsabilidad fiscal (...). En el caso del proceso verbal, por estar ya demostrado el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existir pruebas que comprometen la responsabilidad de los implicados, se profiere el auto de apertura e imputación y se adelanta el procedimiento con mayor celeridad. (...) [L]a Ley 1474, contempla unas disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, dentro de las cuales se encuentran las de los artículos 118 y 119 referentes a la culpabilidad y la solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal. El artículo 118 de dicha ley establece claramente que la responsabilidad fiscal tiene un fundamento subjetivo que consiste en el dolo o la culpa grave en la actuación del gestor fiscal. La culpa grave se presume en los casos precisos que indica la norma. (...) Luego el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 establece la existencia de solidaridad pasiva en los fallos de responsabilidad fiscal, de acciones populares y acciones de repetición. (...) La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-338 del 4 de junio de 2014, (...) sostuvo que el criterio de la imputación en el proceso de responsabilidad fiscal es siempre subjetivo, pues se basa en el dolo o la culpa grave del procesado. (...) [L]a Corte Constitucional se ocupó de la solidaridad pasiva instituida por el artículo 119 de la citada Ley 1474 de 2011. (...) [L]a Corte Constitucional es clara en señalar que frente a la solidaridad pasiva contemplada por el citado artículo 119, lo procedente es cobrar el valor total de la suma objeto del fallo a cualquiera de los responsables fiscales comprendidos en el mismo. La Corte es categórica en expresar que “lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores”. A estos se les debió demostrar en el proceso, su responsabilidad fiscal por haber actuado con dolo o culpa grave en la causación de la lesión al patrimonio público.

FUENTE FORMAL: LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 97 / LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 39 / LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 118 / LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 119

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la solidaridad pasiva en los procesos de responsabilidad fiscal, ver: Corte Constitucional, sentencia C-338 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos

OBLIGACIÓN CONJUNTA Y OBLIGACIÓN SOLIDARIA – Diferencia / OBLIGACIÓN CONJUNTA EN MATERIA CIVIL – Definición / OBLIGACIÓN SOLIDARIA EN MATERIA CIVIL – Definición / SOLIDARIDAD DE LA OBLIGACIÓN – Fuentes

Dentro de la teoría general de las obligaciones, adquiere especial relevancia el artículo 1568 del Código Civil que establece el concepto de las obligaciones solidarias en materia civil. (...) De manera general, cuando varios deudores se comprometen a cumplir una obligación de una cosa divisible, como por ejemplo, a pagar una suma de dinero, asumen el compromiso de pagar cada uno su parte o su cuota en la obligación, siendo lo que se denomina “las obligaciones conjuntas”, a las cuales alude el primer inciso de la norma. Ahora bien, si son varios los deudores y se comprometen a pagar una prestación, declarando que cada uno se compromete a pagar el total de esta, se configura una de las llamadas “obligaciones solidarias”, reguladas en los dos incisos siguientes de la norma y en los artículos 1569 al 1580, y concordantes, de la codificación civil. La solidaridad debe ser declarada por los deudores obligados en virtud de la convención o el contrato, en materia civil, pero también puede surgir del testamento o de la ley. (...) La cosa que se debe solidariamente por varios deudores, “ha de ser una misma”, conforme lo establece el artículo 1569 del Código Civil. En razón de la solidaridad, el acreedor tiene la facultad de exigir a todos los deudores de manera conjunta, o a uno de ellos, el total de la obligación. Esta prerrogativa es de gran interés y beneficio para el acreedor, pues es claro que este tiene en el carácter solidario de sus deudores, una garantía de la recuperación de su crédito. (...) Es claro que las normas del Código Civil tienen aplicación en cuanto a la naturaleza y alcance de la obligación solidaria.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO – ARTÍCULO 1568 / CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO – ARTÍCULO 1569 / CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO – ARTÍCULO 1571 / CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO – ARTÍCULO 1573

SOLIDARIDAD EN LOS FALLOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Tiene fuente en la ley / RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA SOLIDARIDAD RESPECTO DE UNO O TODOS LOS DEUDORES SOLIDARIOS – Expresa o tácita / RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA SOLIDARIDAD RESPECTO DEL DEUDOR QUE REALIZÓ UN PAGO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN – Consecuencia / RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA SOLIDARIDAD RESPECTO DE TODOS LOS DEUDORES - Consecuencia

En el caso de los fallos de responsabilidad fiscal que afectan a varias personas, se observa que la solidaridad de estas en el pago de la suma determinada en el fallo respectivo surge de la ley, pues la establece, de manera expresa, el artículo 119 de Ley 1474 de 2011 (...). [E]ntre las distintas normas civiles que regulan la figura de la solidaridad obligacional, se encuentra una, que es la que motiva la consulta en relación con su aplicabilidad en el derecho público del control fiscal y su eventual alcance respecto del pago de la suma fijada por los fallos de responsabilidad fiscal que comprenden a varias personas. Se trata del artículo 1573 del Código Civil, el cual establece la facultad para el acreedor de renunciar, de manera expresa o tácita, a la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos. (...) Como se aprecia, esta norma contempla dos eventos: 1) La facultad del acreedor de renunciar expresa o tácitamente, a la

solidaridad en relación con uno de los deudores solidarios por pago parcial de la obligación. La renuncia es tácita a favor de dicho deudor, si el acreedor reconoce el pago de la parte o cuota de aquel en la obligación, en la demanda o la carta de pago, sin hacer reserva especial de la solidaridad o reserva general de sus derechos. En este caso, la renuncia no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por la parte del crédito que no fue cubierta por el deudor que hizo el pago parcial y que se benefició con la renuncia a la solidaridad hecha por el acreedor. 2) Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de todos los deudores, la norma establece que ello significa la división de la deuda y por tanto, la obligación deja de ser solidaria para convertirse en conjunta. Se pierde la prerrogativa del acreedor sobre la solidaridad pasiva.

FUENTE FORMAL: LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 119 / CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO - ARTÍCULO 1573

IMPROCEDENCIA DE LA RENUNCIA A LA SOLIDARIDAD POR PARTE DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA - En favor de uno de los responsables fiscales que realiza un pago parcial de la suma del fallo / RENUNCIA DEL ACREEDOR A LA SOLIDARIDAD RESPECTO DEL DEUDOR QUE REALIZÓ UN PAGO PARCIAL DE LA OBLIGACIÓN – No es aplicable en materia del fallo de responsabilidad fiscal / ACEPTACIÓN DE PAGO PARCIAL DE LA SUMA DE UN FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL QUE COMPRENDE VARIAS PERSONAS – No implica una renuncia a la solidaridad respecto de el deudor que hizo ese pago parcial

La consulta en la primera pregunta indaga si el artículo 1573 del Código Civil es aplicable al cobro de sumas determinadas en fallos con responsabilidad fiscal solidaria e indivisible. En otras palabras, si el acreedor fiscal, en este caso, la Contraloría General de la República, después de dictar un fallo de responsabilidad fiscal contra varias personas que vienen a ser deudores fiscales, cuando les va a exigir el pago de la suma fijada en el fallo a todos o a uno de ellos, puede renunciar a la solidaridad respecto de uno de tales deudores que ofrece hacer un pago parcial. Esta es la hipótesis a la cual se refieren las tres preguntas siguientes de la consulta y por tanto, sobre ella se efectúa el análisis de la Sala, no sobre la hipótesis de la renuncia del acreedor a la solidaridad respecto de todos los deudores, pues esta no se plantea a lo largo de la consulta ni en los otros interrogantes. La Sala encuentra que la Contraloría General de la República puede recibir un pago parcial de la suma determinada por un fallo de responsabilidad fiscal, que comprende a varias personas y que por tanto, genera una obligación solidaria a cargo de estas, de acuerdo con el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, pero sin que ello implique renuncia, ni expresa ni tácita, a la solidaridad respecto del deudor que hizo el pago parcial. Lo anterior, por cuanto la exigencia de pago de la suma fijada por un fallo de responsabilidad fiscal se refiere a dineros o recursos públicos, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales no están facultadas para hacer la mencionada renuncia y la responsabilidad solidaria existe “hasta la recuperación del detrimento patrimonial” al Estado, como lo dispone el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011. En consecuencia, los órganos de control fiscal deben seguir aplicando la solidaridad sobre el saldo insoluto de la obligación, respecto de los demás deudores fiscales e inclusive respecto del deudor fiscal que efectuó el pago parcial. En este orden de ideas, y para reiterar lo manifestado en precedencia, la Sala observa que en relación con la primera pregunta de la consulta, referente a la posible aplicación del artículo 1573 del Código Civil en relación con el cobro de las obligaciones solidarias surgidas de fallos con responsabilidad fiscal, la respuesta ha de ser negativa, en forma adicional por las siguientes razones: (...) La suma determinada

por un fallo de responsabilidad fiscal que comprende varios responsables fiscales, corresponde al valor probado del detrimento patrimonial del Estado o de la pérdida, daño o deterioro (por causas distintas al desgaste natural) de bienes públicos y por tanto, tiene el carácter de dineros o recursos públicos que se deben recuperar de manera total y no parcial. (...) El cobro de la suma determinada por un fallo de responsabilidad fiscal que comprende varios deudores, genera una obligación solidaria que debe ser por la totalidad de dicha suma, y se puede exigir a todos o a uno de tales deudores. Por lo tanto, no es viable jurídicamente aceptar un pago parcial de uno de ellos condicionado a que la obligación pierda su calidad legal de solidaria y la entidad estatal renuncie a dicha solidaridad a favor de uno de los deudores. (...) De esta manera, la obligación se le debe cobrar a todos o a uno de ellos, sin que pueda renunciar a la solidaridad en el caso de que uno de estos efectúe un pago parcial, pues si bien puede cobrar el resto a los otros, exoneraría al que pagó del cobro del valor total de los dineros o recursos públicos adeudados, para lo cual requeriría de una norma legal habilitante, que la autorizara a realizar tal actuación. (...) El deudor beneficiado con la renuncia a la solidaridad por parte del acreedor fiscal, no entraría a cubrir el remanente resultante después del pago parcial que él hiciera, el cual quedaría a cargo de los otros deudores, respecto de los cuales no habría la certeza de que acudieran a su pago.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO – ARTÍCULO 1573 / LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 119

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la noción del patrimonio público, ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 31 de mayo de 2002, Rad. 25000-23-24-000-1999-9001-01(AP-300), C.P. Ligia López Díaz

RENUNCIA A LA SOLIDARIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA – No se admite como excepción del deudor solidario de la obligación tributaria

Resulta oportuno anotar que en materia tributaria, la llamada “renuncia a la solidaridad por parte de la Administración” no es admisible, como excepción presentada por el deudor solidario de la obligación tributaria, por cuanto esa figura no se encuentra dentro de las excepciones taxativas establecidas frente al mandamiento de pago de esa clase de obligaciones.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO – ARTÍCULO 1573

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la renuncia a la solidaridad por parte de la Administración en materia tributaria, ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 31 de julio de 2009, Rad. 25000-23-27-000-2004-90729-01(17103), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL O CONCILIACIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Tratan derechos inciertos y discutibles / FALLO DE RESPONSABILIDAD FISCAL – Trata una suma determinada

Por otra parte y en relación con el tema analizado, se podría pensar que cuando las entidades públicas efectúan conciliaciones extrajudiciales o judiciales en materia contenciosa administrativa, en asuntos susceptibles de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, no están defendiendo de manera adecuada, los

recursos públicos, pero tal punto de vista es equivocado. En efecto, las mencionadas conciliaciones se encuentran reguladas por el ordenamiento legal, deben basarse en un acervo probatorio aportado a la diligencia o al proceso, cuentan con la intervención de los agentes del Ministerio Público quienes deben estar atentos a que el acuerdo conciliatorio tenga respaldo probatorio y no sea lesivo del patrimonio público, deben ser aprobadas por el juez o corporación competente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por sobre todo, se deben referir a asuntos en los cuales se encuentre que los derechos están en un punto en que son inciertos y discutibles y sin cuantificar de manera exacta, como sucede por ejemplo, con la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por un accidente de tránsito. En el caso de los fallos con responsabilidad fiscal se advierte que la situación es muy distinta, pues, conforme lo establece el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, arriba citado, se trata de una suma determinada, conforme a lo demostrado en el proceso de responsabilidad fiscal, que constituye el valor de un detrimento patrimonial ocasionado al Estado, que debe ser resarcido por las personas que lo causaron por dolo o culpa grave, y en tal virtud, el órgano de control fiscal debe hacer todas las gestiones procedentes en orden a lograr su pago completo.

FUENTE FORMAL: LEY 610 DE 2000 – ARTÍCULO 53

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS FUNCIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS – Carácter reglado / CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – No tiene la facultad legal de renunciar, como acreedora, a la solidaridad respecto del deudor solidario que efectuó un pago parcial de una obligación fiscal

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha señalado el carácter reglado de las funciones de las autoridades y que solo por excepción, puede existir un margen de discrecionalidad en algunas materias, pues un postulado fundamental del Estado institucionalizado por la Constitución de 1991, es el principio de legalidad de las atribuciones de los órganos y entidades públicos y más concretamente, de los servidores públicos. (...) La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-396 del 24 de mayo de 2006, reiteró la exigencia de que las actuaciones y funciones de los órganos y entidades públicos y en consecuencia, las de sus servidores públicos, estén otorgadas de forma expresa por la ley, para efectos de la competencia legal de sus decisiones y actos. (...) En el asunto objeto de análisis, se observa que la facultad del acreedor de renunciar a la solidaridad respecto del deudor solidario que efectuó un pago parcial de la obligación, contemplada en el artículo 1573 del Código Civil, no se encuentra asignada como una potestad o función de la Contraloría General de la República y por tanto, esta carece de norma legal habilitante que le permita realizarla, dada la exigencia de que la competencia debe estar legalmente otorgada, conforme al principio de legalidad de la competencia de las atribuciones y funciones de los órganos y entidades públicos, y también de los servidores públicos (...).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 123 / CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO – ARTÍCULO 1573

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Referencia: Concepto. Procesos de responsabilidad fiscal.

Fallos de responsabilidad fiscal referentes a varias personas, que implican solidaridad entre estas.

Improcedencia de renuncia a la solidaridad por parte de la Contraloría General de la República, en favor de uno de los responsables fiscales que hace un pago parcial.

Inaplicabilidad del artículo 1573 del Código Civil, respecto de las acreencias surgidas de los fallos con responsabilidad fiscal solidaria, por tratarse de recursos públicos.

Derogación de la Resolución Núm. 6594 de 2012 de la Contraloría General de la República que autorizaba la renuncia a la solidaridad.

El señor Director General del Departamento Administrativo de la Función Pública formula una consulta a la Sala sobre “la viabilidad de dar aplicación al artículo 1573 del Código Civil, respecto de las obligaciones surgidas con ocasión de fallos con responsabilidad fiscal, proferidos en desarrollo del proceso administrativo regulado por la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011”.

I. ANTECEDENTES

El consultante señala que la responsabilidad fiscal es de naturaleza subjetiva, lo que significa que se aplica de modo independiente, en la medida en que se comprueben sus elementos respecto de cada una de las personas investigadas en el proceso administrativo.

Agrega que la finalidad de tal proceso es resarcitoria frente a las pérdidas del patrimonio público, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional cuando expresó lo siguiente:

En relación con la responsabilidad fiscal, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga (sic) a su cargo la gestión fiscal. Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio¹.

Menciona que la Ley 1474 de 2011, referente a mecanismos de lucha contra la corrupción administrativa, en su artículo 111, previó que en los procesos de responsabilidad fiscal únicamente procede la terminación anticipada de la acción, cuando se acredite el pago del valor del detrimento patrimonial que está siendo investigado o por el cual se ha formulado imputación o cuando se haya hecho el reintegro de los bienes objeto de la pérdida investigada o imputada.

¹ Nota de la Sala: El texto corresponde a la Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002.

Manifiesta que la obligación de resarcimiento derivada del fallo de declaratoria de responsabilidad fiscal, el cual constituye título ejecutivo, es solidaria, conforme lo ha sostenido la Contraloría General de la República y lo ha expuesto de tiempo atrás la jurisprudencia del Consejo de Estado. Lo anterior, con base en lo establecido por el artículo 2344 del Código Civil² y ratificado por el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 119. Solidaridad. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

El consultante expresa que “pese a lo dicho”, existe el artículo 1573 del Código Civil, el cual transcribe.

Esta norma se refiere a la posibilidad de renuncia a la solidaridad por parte del acreedor. Establece lo siguiente:

Artículo 1573. El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la (sic) solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos.

La renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando la ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos.

Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad.

Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda.

Comenta sobre esta norma lo siguiente:

(...) si bien la solidaridad pasiva tiene como rasgo característico el que todos y cada uno de los obligados responden por el total de la deuda, es decir, que a los ojos del acreedor cada deudor responde como si fuera el único que se encuentra en la parte pasiva del vínculo obligacional y que la misma constituye una caución para el acreedor, el precepto antes referido permite al acreedor la renuncia de la solidaridad

² Nota de la Sala: El artículo 2344 del Código Civil establece:

“Artículo 2344.- Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”.

Cabe anotar sobre los artículos citados que exceptúan la responsabilidad pasiva solidaria, lo siguiente:

El artículo 2350 se refiere a la responsabilidad del dueño de un edificio por los daños que cause su ruina y establece que si el edificio pertenece a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.

Por su parte, el artículo 2355 se refiere a la responsabilidad por el daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, caso en el cual la indemnización se dividirá entre las personas que habitan la misma parte del edificio, a menos que se pruebe que el hecho sucedió por culpa o dolo de alguna persona exclusivamente, evento en el cual esta sola deberá responder.

respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos, sin extinguir la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta.

Luego, el Director General del Departamento Administrativo de la Función Pública cita los efectos de la solidaridad pasiva que menciona una jurisprudencia del Consejo de Estado, cuyo párrafo anterior conviene citar también, para un adecuado entendimiento de lo expresado por la corporación. Dice así:

Se aprecia, sin duda, que la solidaridad pasiva es uno de los más eficaces medios para asegurar la satisfacción de una deuda, en tanto **confiere al acreedor la facultad de perseguir la totalidad de su crédito de varios patrimonios de los deudores solidarios** y por ende dentro de los efectos que rigen esa relación externa con el acreedor, se encuentran, entre otros, los siguientes:

i.)- El acreedor puede dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, para exigir la totalidad de la deuda, sin que ninguno de éstos le pueda oponer el beneficio de división o el fraccionamiento de la responsabilidad en el pago de la prestación, de conformidad con lo previsto en el artículo 1571 del Código Civil. **Ello implica que la solidaridad por pasiva no determina la conformación de un litisconsorcio necesario por pasiva dentro del proceso judicial;**

ii.)- El acreedor, en consecuencia, es libre de demandar a todos los obligados de manera simultánea o sucesiva, hasta la satisfacción íntegra de la deuda, pues cuando demanda a uno o a varios no pierde el derecho para perseguir a los demás por el saldo insoluto (art. 1572 c.c.);

iii.)- El acreedor puede renunciar a la solidaridad respecto de uno o de todos los deudores solidarios, de manera expresa o tácita, en este último caso como cuando, por ejemplo, demanda el acreedor a alguno de los codeudores por su cuota solamente y no se reserva la solidaridad de la obligación, aunque no extingue la acción contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad; si el acreedor consiente la división de la deuda se entiende extinguida la solidaridad (art. 1573 c.c.), aunque respecto de los ya devengados y no los futuros cuando lo debido es una pensión periódica (art.1574 c.c.);

iv.)- El pago total realizado por uno de los deudores extingue la obligación y favorece a los demás, dado que no podría el acreedor seguir demandado (sic) en tantas oportunidades como deudores existan al encontrarse satisfecha su prestación; así como el pago parcial les beneficia, pues podrá perseguir a los deudores pero con descuento del valor recibido. El deudor solidario que no hizo parte en el proceso en el que se libera de responsabilidad a uno de ellos puede invocar a su favor la cosa juzgada, excepto que la sentencia que exoneró al codeudor solidario haya sido fundamentada en razones personales; también podrá oponer las excepciones generales (pago, prescripción, etc.) (Las negrillas son del texto original)³.

³ Cita de la consulta: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010). Radicación Núm.: 66001-23-31-000-2009-00073-01 (38341).

Precisión de la Sala: Aunque la consulta se refiere a este pronunciamiento de la Corporación, sin señalar su naturaleza, conviene advertir que no corresponde a una sentencia. Realmente se trata de un auto. Esta providencia decide una apelación sobre la integración de un litisconsorcio necesario de la parte demandada, que se cita también en la Resolución 6594 de 2012 de la Contraloría General de la República. Resulta oportuno precisar lo siguiente:

1) Se trata de un auto dictado dentro de un proceso de reparación directa promovido por unos particulares contra varias entidades públicas.

2) El auto trata, entre otros temas, el de la solidaridad pasiva producida por causa de un evento de responsabilidad civil extracontractual, conforme al artículo 2344 del Código Civil.

3) Como se advierte, la hipótesis es diametralmente distinta a la de la solidaridad pasiva por causa de un fallo con responsabilidad fiscal que comprenda a varios responsables fiscales, pues en este

Añade la consulta que “por lo dicho”, la Contraloría General de la República, mediante la Resolución Núm. 6594 del 14 de junio de 2012, reguló el uso de las facultades previstas en el artículo 1573 del Código Civil, y cita los artículos 3º, 4º y 5º (primer inciso) de esta, así:

Artículo 3º.- Cuando el régimen legal de responsabilidad solidaria no contemple norma especial expresa que limite las facultades del acreedor, para efectos de la solidaridad pasiva que se derive de los fallos de responsabilidad fiscal, aplicará el régimen general de la Ley previsto en los artículos 1571 a 1573 del Código Civil.

En consecuencia, los requerimientos o el proceso de ejecución forzosa, según el caso, intentados en las etapas de cobro persuasivo o de cobro coactivo contra alguno de los deudores solidarios, para el cumplimiento y cobro efectivo e integral de las obligaciones derivadas de los mencionados fallos de responsabilidad fiscal, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el demandado y hasta la recuperación del detrimento patrimonial.

Artículo 4º.- En su condición de acreedor fiscal de deudores solidarios, la Contraloría General de la República, sólo podrá hacer uso de las facultades previstas en el artículo 1573 del Código Civil, con el único propósito de obtener los recursos de que trata el artículo 1º de la presente Resolución, en desarrollo de los principios contemplados en el artículo 1º de la Ley 1066 de 2006.

Dicha actuación sólo podrá realizarse dentro de la etapa de cobro persuasivo, previsto en las resoluciones orgánicas que establecen el reglamento interno de recaudo de cartera y el procedimiento de cobro coactivo de la Contraloría General de la República, como una modalidad de Acuerdo de pago que a diferencia del regulado en dichas resoluciones, para este caso requerirá del pago inmediato una vez perfeccionado.

Artículo 5º.- (Primer inciso) Bajo las condiciones del artículo 1573 del Código Civil, sólo procederá la renuncia expresa y en favor del deudor solidario que haya propuesto, acordado y efectivamente pagado la obligación en un porcentaje superior al 50% de la totalidad.

(...).

Luego el artículo 5º contempla una serie de condiciones para el perfeccionamiento de la renuncia a la solidaridad.

Agrega el consultante que la Resolución Núm. 6594 de 2012 no tuvo aplicación al interior de la Contraloría General de la República. Antes bien, fue derogada mediante la Resolución Núm. 011 de 2017 de la misma entidad, la cual expuso los siguientes planteamientos, entre otros, en la parte considerativa:

Que la Corte Constitucional⁴, frente a la responsabilidad solidaria sostuvo: “La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea (sic) responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, **lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, con base en su actuar doloso o gravemente culposos, hayan sido encontrados**

el acreedor fiscal es la Contraloría General de la República frente a varios deudores solidarios, mientras que en el auto de la Sección Tercera se contempla la hipótesis de unos acreedores particulares frente a varias entidades públicas solidarias.

⁴ Nota de la Sala: La cita de la Corte Constitucional que trae aquí la Resolución Núm. 011 de 2017 de la CGR, corresponde a la Sentencia C-338/14.

responsables. ... Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución. ... Son estos los fundamentos por los cuales la Corte Constitucional declarará EXEQUIBLE el precepto acusado”. Resaltado fuera del texto.

Que los fallos con responsabilidad fiscal en firme prestan mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, en los cuales se debe determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, la responsabilidad individual y solidaria de los implicados, haciéndose efectivos a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías, de conformidad con los artículos 53 y 58 de la Ley 610 de 2000.

Que en consonancia con lo anterior, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, dispone la solidaridad para el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial en los procesos de responsabilidad fiscal, conforme lo dispone el artículo 2344 del Código Civil.

Que resulta pertinente derogar la Resolución Orgánica 6594 de 2012, toda vez que el artículo 1573 del Código Civil contempla una simple facultad discrecional por parte del acreedor, sin que, por lo tanto, sea de imperativa aplicación, así mismo con ello se busca contribuir con la eficacia de lo establecido en los fallos con responsabilidad fiscal, en cuanto a la recuperación del detrimento patrimonial causado.

Finalmente el consultante plantea la inquietud jurídica que motiva la consulta, en estos términos:

En suma, la acción fiscal e incluso el proceso de cobro coactivo posterior adelantado por la Contraloría General de la República tiene (sic) como fin el resarcimiento total del detrimento patrimonial establecido en los procesos de responsabilidad fiscal, es decir, la recuperación del patrimonio público. Sin embargo, persisten las inquietudes jurídicas sobre si es posible o no renunciar a la solidaridad con posterioridad a la expedición del respectivo fallo con responsabilidad fiscal solidaria, en aplicabilidad del artículo 1573 del Código Civil y si esta figura puede ser usada en tratándose de dineros públicos.

II. PREGUNTAS

Con base en lo expuesto, el señor Director General del Departamento Administrativo de la Función Pública formula las siguientes preguntas:

1. ¿Es aplicable el artículo 1573 del Código Civil al cobro de cuantías determinadas en fallos con responsabilidad fiscal solidaria e indivisible?
2. ¿La Contraloría General de la República puede aceptar la oferta de pago parcial hecha por un responsable fiscal respecto de una obligación *in solidum* contenida en un fallo de responsabilidad fiscal, renunciando a la solidaridad respecto de la persona pero sin renunciar al cobro total de la obligación respecto de los demás responsables fiscales?
3. ¿Cuáles serían los efectos jurídicos de la renuncia de la solidaridad de la obligación de resarcimiento patrimonial contenida en un fallo de responsabilidad fiscal respecto de un responsable fiscal, con relación a aquel y con respecto a los demás responsables fiscales sobre los cuales no se ha renunciado la (sic) solidaridad?
4. ¿Cuál podría ser el criterio jurídico a tener en cuenta por parte de la CGR para determinar el monto o suma del total de la obligación solidaria, que el responsable fiscal puede asumir para que la entidad renuncie a la solidaridad respecto de aquel?.

III. CONSIDERACIONES

Para absolver la consulta, la Sala se ocupará de los siguientes temas: i) La Contraloría General de la República y el Acto Legislativo Núm. 4 de 2019 de reforma del régimen de control fiscal; ii) El proceso ordinario de responsabilidad fiscal establecido por la Ley 610 de 2000; iii) La Ley 1474 de 2011 referente a la institucionalización del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, la modificación del procedimiento ordinario y el establecimiento de la solidaridad de los responsables fiscales; iv) El artículo 1573 del Código Civil y la renuncia del acreedor a la solidaridad respecto del deudor que efectuó un pago parcial de la obligación; v) La improcedencia de la renuncia a la solidaridad por parte de la Contraloría General de la República, en favor de uno de los responsables fiscales que realiza un pago parcial de la suma del fallo de responsabilidad fiscal; y vi) Conclusión.

A. La Contraloría General de la República y el Acto Legislativo Núm. 4 de 2019 de reforma del régimen de control fiscal

La Constitución Política de 1991, al establecer la estructura del Estado, indicó en el artículo 113 que además de los órganos que integran las tres ramas del poder público, “existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado” y en el artículo 117 mencionó a la Contraloría General de la República como uno de los órganos de control, para luego, mediante el artículo 119, otorgarle su misión, consistente en 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”.

El Título X de la Carta se refiere a los organismos de control y el Capítulo I de este, a la Contraloría General de la República, el cual está integrado por los artículos 267 a 274.

Ahora bien, el Acto Legislativo Núm. 4 del 18 de septiembre de 2019, “Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”, introdujo varias modificaciones importantes a las disposiciones originales de la Constitución en esta materia.

Es así como en el tema de las funciones de vigilancia de la gestión fiscal y del control fiscal, que interesan a la consulta, el artículo 267 de la Constitución Política, tal como fue modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Núm. 4 del 18 de septiembre de 2019, las establece a cargo de la Contraloría General de la República con mayor amplitud y contundencia, cuando dispone que estas funciones públicas recaen sobre 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” y que el control fiscal ya no se ejercerá solamente en forma posterior y selectiva, sino que además, podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público.

Esta nueva clase de control fiscal tiene carácter excepcional, no implica coadministración y se debe realizar en tiempo real por medio del seguimiento permanente de los ciclos, el uso, la ejecución, la contratación y el impacto de los recursos públicos, mediante la utilización de tecnologías de la información, la participación del control social y de forma articulada con el control interno de las entidades públicas. Este control no está concebido para analizar la conveniencia de las decisiones de los administradores de los recursos públicos, pues ello constituiría

una modalidad de coadministración y se debe efectuar en forma de advertencia al gestor fiscal.

La nueva norma superior establece en cuanto a estas importantes funciones de control en materia fiscal, lo siguiente:

Artículo 267. Modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Núm. 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente: 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. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

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

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de 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. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley.

El control jurisdiccional de los fallos de responsabilidad fiscal gozará de etapas y términos procesales especiales con el objeto de garantizar la recuperación oportuna del recurso público. Su trámite no podrá ser superior a un año en la forma en que lo regule la ley.

(...) (Subraya la Sala).

Como se aprecia, el sentido de la norma superior está orientado siempre al seguimiento permanente del recurso público y su adecuada utilización, de manera que el control fiscal sea eficaz y eficiente, y que, ante la existencia de un faltante o pérdida, el órgano de control fiscal, vale decir, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales procedan a conseguir la recuperación plena del patrimonio público.

Resulta oportuno anotar que para desarrollar y poner en ejecución los nuevos conceptos constitucionales de la vigilancia de la gestión fiscal y el control fiscal del Estado y fijar sus alcances, el Presidente de la República dictó el Decreto Ley 403 del 16 de marzo de 2020, "Por el cual se dictan normas para la correcta

implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, en uso de las facultades extraordinarias que le confirió el parágrafo transitorio del artículo 268 de la Constitución, también modificado por el artículo 2º de dicho Acto Legislativo.

Este decreto ley, fundamental en la aplicación de la reforma, primeramente definió, en su artículo 2º, los conceptos esenciales de la vigilancia y el control fiscales, así como su objeto, los sujetos y los órganos de control fiscal, para precisar su contenido y la aplicabilidad de la nueva regulación en esta materia. Dice así esta norma de rango legal:

Artículo 2º. Definiciones. Para los efectos de la vigilancia y el control fiscal se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

Vigilancia fiscal. Es la función pública de vigilancia 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. Consiste en observar el desarrollo o ejecución de los procesos o toma de decisiones de los sujetos de control, sin intervenir en aquellos o tener injerencia en estas, así como con posterioridad al ejercicio de la gestión fiscal, con el fin de obtener información útil para realizar el control fiscal.

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

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

Objeto de vigilancia y control: Se entienden por objeto de vigilancia y control, las actividades, acciones, omisiones, operaciones, procesos, cuenta, contrato, convenio, proyecto, programa, acto o hecho, y los demás asuntos que se encuentren comprendidos o que incidan directa o indirectamente en la gestión fiscal o que involucren bienes, fondos o recursos públicos, así como el uso, explotación, exploración, administración o beneficio de los mismos.

Sujeto de vigilancia y control: Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con estos.

Órganos de Control Fiscal: Son la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, las contralorías distritales, las contralorías

municipales y la Auditoría General de la República, encargados de la vigilancia y control fiscal de la gestión fiscal, en sus respectivos ámbitos de competencia.

Conforme se advierte, estas definiciones precisan los elementos que integran el conjunto de la vigilancia de la gestión fiscal y el control fiscal de la manera más amplia posible, con la finalidad de no dejar ninguna parte del patrimonio público sin la cobertura de los mecanismos de vigilancia y control fiscales establecidos por las nuevas normas constitucionales y legales que las desarrollan.

El artículo 3º del aludido decreto ley enuncia y define los 17 principios sobre los cuales se fundamentan la vigilancia y el control fiscales. Son los siguientes: eficiencia, eficacia, equidad, economía, concurrencia, coordinación, desarrollo sostenible, valoración de costos ambientales, efecto disuasivo, especialización técnica, inoponibilidad en el acceso a la información, tecnificación, integralidad, oportunidad, prevalencia, selectividad y subsidiariedad.

El Decreto Ley 403 de 2020 en su artículo 45, se refirió a los sistemas de control fiscal, como el financiero, el de gestión y el de resultados, a que alude el artículo 267 del ordenamiento superior, pero previó la posibilidad de instaurar otros sistemas. Dice así:

Artículo 45. Sistemas de control fiscal. Para el ejercicio de la vigilancia y el control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en el presente título.

Los sistemas de control podrán aplicarse en forma individual, combinada o total. Igualmente se podrá recurrir a cualesquiera (sic) otro generalmente aceptado.

Parágrafo. Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial.

En aras de la claridad, el mismo decreto ley definió a continuación en su articulado, los controles que indica el canon constitucional, y otros dos sistemas de control fiscal, como son la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades. Los artículos 46 a 51 del mismo precisan estos controles en la siguiente forma:

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

Artículo 47. Control de legalidad. El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

Artículo 48. Control de gestión. El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la

distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

Artículo 49. Control de resultados. El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

Artículo 50. Revisión de las cuentas. La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

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

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

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

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

Artículo 51. Evaluación del control interno. La evaluación de control interno es el análisis de los sistemas de control de las entidades sujetas a la vigilancia, con el fin de determinar la calidad de los mismos, el nivel de confianza que se les puede otorgar y si son eficaces y eficientes en el cumplimiento de sus objetivos.

El Contralor General de la República reglamentará los métodos y procedimientos para llevar a cabo esta evaluación, para lo cual tendrá en cuenta los lineamientos de política en materia de control interno.

Parágrafo. Para efectos de la evaluación del control fiscal interno primarán los lineamientos impartidos por la Contraloría General de la República.

Los conceptos de los controles fiscales adquieren gran importancia para el adecuado ejercicio de las funciones de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, en la medida en que establecen las finalidades y los campos de acción de los distintos tipos de control.

Precisamente sobre el tema de las finalidades de la vigilancia de la gestión fiscal y su carácter integral, la Corte Constitucional, en Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, expresó lo siguiente:

(...) la vigilancia de la gestión fiscal se ejerce de manera integral puesto que ahora incluye el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, 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 la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal incluye también el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en los principios de legalidad, eficiencia, economía,

eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y la valoración de los costos ambientales.⁵

La jurisprudencia constitucional ha aludido al sentido y alcance de los controles financiero, de gestión y de resultados. Entre otras, en la sentencia C-623 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló la Corte que: “En el control financiero se examina si los estados financieros reflejan el resultado de las distintas operaciones hechas por una entidad y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas constitucionales y legales y las relacionadas con los principios y reglas que rigen la contabilidad. En el control de gestión se analiza la eficiencia y la eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, lo cual se lleva a cabo mediante la evaluación de los procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño, y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad. En el control de resultados se establece el cumplimiento o logro de los objetivos, planes, programas y proyectos de la administración, en un periodo determinado”.

De acuerdo con lo señalado, 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 Estado⁶. Estas medidas se enmarcan por la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.⁷

Conviene resaltar que la Corte Constitucional indica como la primera finalidad de la vigilancia fiscal, la protección del patrimonio público, para cuya recuperación integral se adelantan los procesos de responsabilidad fiscal, a los que se aludirá más adelante.

Ahora bien, el artículo 268 de la Constitución, también modificado por el Acto Legislativo Núm. 04 de 2019 en su artículo 2º, establece las atribuciones del Contralor General de la República, las cuales son asignadas también, en lo pertinente, a los contralores territoriales, en el ámbito de su jurisdicción, conforme al inciso sexto del artículo 272 de la Carta⁸, igualmente reformado por el mencionado Acto Legislativo.

⁵ Nota de la Corte Constitucional: *Cfr.* Constitución Política, art. 267 y Ley 610 de 2000, art. 3º.

⁶ Nota de la Corte Constitucional: *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencia C-623 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷ Nota de la Corte Constitucional: *Cfr.* Constitución Política, Preámbulo y artículos 1º y 2º.

⁸ **“Constitución Política. Artículo 272. Modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo Núm. 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:** “La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.

(...)

(Inciso sexto) Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)” (Subraya la Sala).

Dentro de las atribuciones del Contralor General de la República y, por ende, de los contralores territoriales en su jurisdicción, se encuentra la establecida en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, modificado por el citado Acto Legislativo, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 268. Modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo Núm. 4 de 2019. El nuevo texto es el siguiente: El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

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.

(...) (Subraya la Sala).

Como se observa, una de las funciones fundamentales de la Contraloría General de la República y consiguientemente de las contralorías territoriales, consiste en adelantar los procesos de responsabilidad fiscal, con la finalidad de determinar la responsabilidad de los sujetos de control fiscal en desarrollo de la gestión fiscal, de conformidad con lo dispuesto por las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 que establecen los procedimientos ordinario y verbal, respectivamente, de responsabilidad fiscal, como pasa a verse a continuación.

B. El proceso ordinario de responsabilidad fiscal establecido por la Ley 610 de 2000

La responsabilidad fiscal es una responsabilidad autónoma y por tanto, distinta de la responsabilidad penal y de la disciplinaria.

Precisamente, resulta pertinente citar en este punto, a la Corte Constitucional, la cual en la Sentencia C-648 del 13 de agosto de 2002, hizo una importante recapitulación de sus planteamientos y explicaciones sobre la naturaleza y la autonomía de la responsabilidad fiscal. La Corte expresó lo siguiente:

6. Consideran los demandantes que las normas acusadas facultan a las contralorías para establecer todo tipo de responsabilidad, no solo fiscal, y para que juzguen la responsabilidad contractual y extracontractual de funcionarios y particulares, las cuales son de competencia de las autoridades judiciales (C.P., arts. 113 y 116). Agregan que esta intromisión de las contralorías producirá decisiones contradictorias frente a las que profieran otras autoridades.

Al respecto, esta Corporación en diferentes ocasiones ha señalado que en el ordenamiento jurídico existen diferentes tipos de responsabilidad, las cuales, aunque se rijan por principios constitucionales comunes como el debido proceso y los que regulan la actuación administrativa, son autónomas, tienen objeto, naturaleza y finalidad propias y están reguladas por sistemas legislativos diferentes.⁹

⁹ Nota de la Corte: Las modalidades de responsabilidad más frecuentes a que puede dar lugar la actuación de los servidores públicos y de los particulares en los casos que señale la ley, son las de carácter penal, disciplinaria, patrimonial, política y fiscal. En la materia que ocupa la atención de la Corte, en diferentes escenarios se alude a la sujeción a los principios y fundamentos constitucionales. Así por ejemplo, durante el trámite de aprobación de la ley a la que pertenecen las normas acusadas (L. 610), se plantearon estos presupuestos en la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes: “- *Consagración en forma expresa del sometimiento del proceso de responsabilidad fiscal a los principios que regulan el debido proceso y a los que presiden la actuación de la administración, de manera que, de una parte, se brinden a los presuntos responsables vinculados a investigaciones y los juicios fiscales todas las garantías para el ejercicio de su derecho a la defensa y, de otra parte, las contralorías obren con celeridad,*

En relación con la responsabilidad fiscal, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga a su cargo la gestión fiscal. Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio.¹⁰

Estas calidades de la responsabilidad fiscal han sido consideradas y admitidas durante los procesos de configuración legislativa y en la jurisprudencia constitucional. Por ejemplo, en el informe ponencia para primer debate al proyecto de ley en la Comisión Quinta del Senado se insistió en la necesidad de otorgar un procedimiento autónomo a la responsabilidad fiscal. En esa oportunidad se dijo que “Tanto el proyecto inicial como las diversas ponencias son reiterativas en señalar la necesidad de regular de manera integral el régimen de responsabilidad fiscal, estableciendo en forma clara y precisa las reglas de procedimiento para su determinación. Sin embargo, más allá del propósito laudable de suplir los vacíos y deficiencias de la actual regulación contenida en la Ley 42 de 1993, existe una necesidad mayor: la de imprimirle identidad propia a la función fiscalizadora, de manera que la responsabilidad fiscal se consolide como una responsabilidad autónoma, con sus procedimientos propios e independientes de otros tipos de responsabilidad que existen en el ordenamiento jurídico”¹¹.

Así mismo, en la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se señaló lo siguiente: “No cabe duda, pues, de la conveniencia y oportunidad de esta reforma a la regulación del proceso de responsabilidad fiscal, cuyos aspectos centrales son: - Reconocimiento del carácter resarcitorio y administrativo del proceso, lo cual significa, de una parte, que, si bien la responsabilidad es personal y subjetiva, la misma no tiene carácter sancionatorio, y en tal virtud (...) la decisión con que concluya el proceso es susceptible de impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la primera fuente normativa a aplicar en lo no regulado es, por consiguiente, el Código Contencioso Administrativo”¹².

De otro lado, en la jurisprudencia de esta Corporación se ha considerado igualmente el carácter autónomo y resarcitorio de la responsabilidad fiscal. Así por ejemplo, en la sentencia SU-620 de 1996, la Corte expresó que: “Dicha responsabilidad no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo (parágrafo art. 81, ley 42 de 1993). En

eficiencia, eficacia, economía e imparcialidad en el trámite de estos procesos, que son los mismos atributos que dichos organismos evalúan respecto de la gestión de las entidades vigiladas. (...) - Correlación entre el objeto del proceso de responsabilidad fiscal y la atribución constitucional de la cual emana su fundamento legal, establecida en el numeral 5º del artículo 267 de la Carta, en cuya virtud corresponde a los contralores establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, de manera que el establecimiento de aquella por parte de las contralorías está referida a una indebida o inadecuada gestión fiscal de la cual se derive un daño patrimonial que afecte la hacienda pública. (...)”. En: Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8

¹⁰ Nota de la Corte: Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹¹ Nota de la Corte: Gaceta del Congreso No. 177 del 31 de mayo de 2000, pág. 9. Sobre estas calidades, el parágrafo 1º del artículo 4º de la Ley 610, establece que “La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”. Para la Corte, “La responsabilidad fiscal se entiende sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria y penal a que haya lugar. Por consiguiente, es claro que dicho proceso no es ni puede calificarse como un proceso sancionatorio, pues tienen una naturaleza diferente. Además, éste proceso se inicia con posterioridad al fallo que se profiere en el proceso de responsabilidad fiscal, por lo que se trata de dos procesos distintos, autónomos e independientes”. Sentencia T-973 de 1999, M.P. Alvaro Tafur Gálvis.

¹² Nota de la Corte: Gaceta del Congreso No. 299 del 26 de noviembre de 1998, pág. 8. El legislador reconoce, igualmente, que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal (Art. 4º, Ley 610/2000).

efecto, la declaración de responsabilidad tiene una finalidad meramente resarcitoria, pues busca obtener la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal. Es, por lo tanto, una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud, puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en la sentencia C-046/94”.

Posteriormente, en la sentencia C-189 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero se señaló que “Los procesos de responsabilidad fiscal tienen claro sustento constitucional. Así, la Carta señala que corresponde a la Contraloría proteger el buen manejo de los fondos públicos, atribución que incluye la posibilidad de adelantar juicios fiscales como los previstos por la norma impugnada. La Corte señaló entonces que los juicios fiscales tienen esencialmente una naturaleza resarcitoria, pues se busca que el funcionario repare el daño causado al erario público por su conducta dolosa o culposa”¹³.

7. De lo expuesto se infiere entonces que el carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes, como lo alegan los demandantes, puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección.¹⁴ No son admisibles, por ende, los cargos formulados en este sentido.

¹³ Nota de la Corte: En el mismo sentido en la sentencia C-364 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett se dijo que “Si los procesos de responsabilidad fiscal, son la forma por excelencia a través de la cual, las Contralorías cumplen con su función fiscalizadora de la gestión de los dineros públicos, en nada se opone a la Constitución que la ley permita a la Contraloría General de la República, en los casos en que se ejerza su función de control excepcional, adelantar dichos procesos y llevarlos a su culminación; mucho menos cuando se tiene en cuenta que la posibilidad de declarar la existencia de responsabilidad fiscal, con sus consecuencias, forma parte de la naturaleza de los juicios fiscales; en ese sentido, cualquier tipo de actuación debe respetar los primados del debido proceso, lo cual sólo es posible si se permite la existencia de un procedimiento determinado, que garantice el derecho de defensa y las demás garantías procesales que consagra la Constitución”. Así mismo, en la sentencia C-619 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se dijo que “la definición de naturaleza administrativa del proceso de responsabilidad fiscal significa que el fallo correspondiente puede ser demandado ante la jurisdicción contencioso de lo administrativo”.

¹⁴ Nota de la Corte: La Corte ha precisado las distinciones entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad disciplinaria. Sobre este aspecto, en la sentencia C-484 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se dijo: “Esta Corporación tampoco encuentra que la existencia de multas y amonestaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, vulneran el principio del non bis in idem en relación con las sanciones disciplinarias de los mismos nombres, pues como lo ha dicho en varias oportunidades esta Corte, sólo es posible predicar la vulneración del artículo 29 superior cuando dos sanciones consagran “identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación”. Pues bien, la multa sancionatoria en el proceso de responsabilidad fiscal pretende resarcir el daño causado al erario público, mientras que la multa en el proceso disciplinario se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable. Así mismo, la multa y la amonestación como medidas correccionales en el proceso fiscal, no tienen la misma naturaleza que las sanciones disciplinarias del mismo nombre, como quiera que, estas últimas, son impuestas como consecuencia del incumplimiento de los deberes propios del servidor público y, las primeras facilitan el ejercicio de la vigilancia fiscal. De igual manera, las medidas comparadas no tienen el mismo objeto, ya que las primeras pretenden sancionar una conducta reprochable disciplinariamente y, las segundas, buscan garantizar la eficiencia y eficacia del control fiscal. Finalmente, las multas y las amonestaciones correccionales y disciplinarias tampoco se identifican en cuanto al sujeto pasivo, como quiera que las primeras

Ahora bien, la Ley 610 del 15 de agosto de 2000, “Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, institucionalizó el procedimiento de responsabilidad fiscal, al cual se llamó luego “ordinario”, dado que la Ley 1474 de 2011 que estableció el proceso verbal de responsabilidad fiscal, se refirió al proceso regulado por la Ley 610 de 2000. En efecto, la Ley 1474 de 2011 en el Capítulo VIII, Subsección II, reguló las “Modificaciones a la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal” y en la Subsección III, lo atinente a las “Disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal”.

El artículo 1º de la Ley 610 de 2000 definió el proceso de responsabilidad fiscal en la siguiente forma:

Artículo 1º. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta¹⁵, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

La responsabilidad fiscal se relaciona con el ejercicio de la gestión fiscal, como se observa en la definición anterior, razón por la cual el artículo 3º de la Ley 610 de 2000 define este concepto en los siguientes términos:

Artículo 3º. Gestión fiscal. 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.

Es importante destacar que el objeto de la responsabilidad fiscal es lograr el resarcimiento pleno de los daños ocasionados al patrimonio público por la conducta dolosa o gravemente culposa de los servidores públicos que desarrollan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participan en la causación de tales daños. Así lo prevé el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, que fue modificado por el artículo 124 del reciente Decreto Ley 403 de 2020 en estos términos:

Artículo 124. Modificar el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participan, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción de los mismos, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad

podrán imponerse a cualquier persona que maneje bienes o fondos del Estado, mientras que las sanciones disciplinarias se desenvuelven en el estricto ámbito de la función pública”.

¹⁵ La expresión “con ocasión de ésta” fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-840 de 2001, “bajo el entendido de que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal”.

fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

Por otra parte, en relación con los elementos de la responsabilidad fiscal, que vienen a ser los mismos de cualquier otra responsabilidad, por identidad de la institución jurídica proveniente del derecho romano, el Decreto Ley 403 de 2020 introdujo una modificación al ampliar la noción del agente responsable.

Antes, la conducta dolosa o gravemente culposa era atribuida únicamente a la persona que realizaba gestión fiscal, pero con la modificación, esta conducta también es atribuible a quien participe, concorra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado. Dice así su artículo 125:

Artículo 125. Modificar el artículo 5° de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 5°. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos: - Una conducta dolosa o gravemente culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal o de quien participe, concorra, incida o contribuya directa o indirectamente en la producción del daño patrimonial al Estado. - Un daño patrimonial al Estado. - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Adicionalmente, el Decreto Ley 403 de 2020 modificó el artículo 6° de la Ley 610 de 2000. Dice así su artículo 126:

Artículo 126. Modificar el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 6°. Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de los órganos de control fiscal. Dicho daño podrá ocasionarse como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo.

Una modificación que hizo el Decreto Ley 403 de 2020 fue eliminar dentro de la definición de “daño patrimonial al Estado”, las expresiones “uso indebido” e “inequitativa”, por haber sido declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-340 de 2007.

No obstante dicha declaratoria de inexecutable, la Corte aclaró, respecto a la expresión “uso indebido”, que ello no implicaba “que no se pueda derivar responsabilidad fiscal por el uso indebido de bienes o recursos del Estado, porque, en la medida en que de tal uso se derive un daño al patrimonio del Estado, entendido como 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, producida en los términos de la Ley 610 de 2000, el agente será fiscalmente responsable”.

La modificación principal al artículo 6º de la Ley 610 de 2000 fue en la parte final (antes era el inciso segundo) al señalar cómo se ocasiona el daño: “como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de servidores públicos o particulares que participen, concurren, incidan o contribuyan directa o indirectamente en la producción del mismo”.

Es decir, lo hizo coherente con la modificación introducida por el artículo 125 del Decreto Ley 403 de 2020 en cuanto al primer elemento de la responsabilidad fiscal.

En síntesis, como se advierte del citado artículo 6º reformado, la noción de daño patrimonial al Estado consiste en la lesión del patrimonio público en los términos legales mencionados, la cual constituye el objeto de la investigación del proceso junto con la responsabilidad fiscal, la cual se debe derivar de una conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal o de los servidores públicos o particulares que participaron en la causación del daño.

Lo anterior, se encuentra en concordancia con lo preceptuado por los artículos 23, 53 y 54 de la Ley 610 de 2000, que establecen la procedencia legal para dictar los fallos con o sin responsabilidad fiscal, de acuerdo con el acervo probatorio que obre en el proceso. Estas normas disponen lo siguiente:

Artículo 23. Prueba para responsabilizar. El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

Artículo 53. Fallo con responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa (leve) del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes¹⁶ (Subraya la Sala).

Artículo 54. Fallo sin responsabilidad fiscal. El funcionario competente proferirá fallo sin responsabilidad fiscal, cuando en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas o no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal.

La Sala llama la atención sobre el hecho de que el citado artículo 53 prevé claramente que los fallos con responsabilidad fiscal, deben determinar “de forma precisa” la cuantía del daño causado al patrimonio público, de manera que esta constituye la suma que los órganos de control fiscal deben cobrar a los responsables fiscales.

¹⁶ En el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, la palabra “leve”, escrita aquí entre paréntesis, referida a la culpa, fue declarada **inexequible** por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-619 de 2002, pues la Corte encontró que el criterio de imputación en materia de responsabilidad fiscal debía ser el dolo o la culpa grave, ya que no podría tener una exigencia mayor que la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos derivada de la acción de repetición, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución.

La Corte Constitucional ha destacado la importancia que tiene dentro de la función del control fiscal, el proceso de responsabilidad fiscal, su finalidad resarcitoria para recuperar la suma equivalente al detrimento o al daño patrimonial del Estado debido a un comportamiento irregular de un servidor público o un particular que maneja fondos públicos, y sus características. Así, expresó la Corte Constitucional, en la Sentencia C-338 del 4 de junio de 2014, lo siguiente:

Según lo ha destacado este Tribunal, el control fiscal se desarrolla en dos momentos: i) uno que comprende la función de vigilancia de la gestión que realicen de los bienes públicos los servidores y los particulares; y ii) eventualmente, como resultado de esa labor de vigilancia, el desarrollo de un proceso de responsabilidad fiscal, el cual se orienta, tal y como lo ha dicho la Corte, a "obtener una declaración jurídica, en la cual se precisa con certeza que un determinado servidor público o particular debe cargar con las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y que está obligado a reparar el daño causado al erario público, por su conducta dolosa o culposa"¹⁷.

El segundo paso, esto es, la exigencia de responsabilidad fiscal encuentra fundamento en el artículo 268 de la Constitución, de acuerdo con el cual corresponde a las contralorías en los distintos niveles territoriales "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".

Esta responsabilidad 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.

Con base en el régimen jurídico vigente en cada momento, se han establecido una serie de características predicables de esta forma de responsabilidad. En la jurisprudencia constitucional se ha expresado que la responsabilidad fiscal i) es de naturaleza administrativa; ii) es determinada a partir de un proceso de esta misma naturaleza, es decir, un proceso administrativo; iii) no tiene un carácter sancionatorio, sino eminentemente resarcitorio, pues busca recuperar el valor equivalente al detrimento ocasionado al patrimonio de una entidad estatal, teniendo esta suma como límite a exigir¹⁸; y iv) en este proceso se deben observar las garantías sustanciales y adjetivas propias del debido proceso de manera acorde con el diseño constitucional del control fiscal¹⁹.

Características que se han reiterado de forma constante por la jurisprudencia de esta corporación²⁰.

En síntesis, el proceso de responsabilidad fiscal se orienta a determinar si hubo o no detrimento patrimonial del Estado y si la persona o las personas investigadas son o no responsables fiscales, de modo que si el funcionario competente del órgano de control fiscal les dicta fallo con responsabilidad fiscal, el mismo órgano debe realizar todas las gestiones y procedimientos necesarios para lograr el pago total de la suma fijada en el fallo y de esta forma, conseguir el resarcimiento integral del detrimento sufrido por el patrimonio público.

¹⁷ Nota de la Corte: Sentencia SU-620 de 1996.

¹⁸ Nota de la Corte: Sentencia C-382 de 2008.

¹⁹ Nota de la Corte: Sentencias Su-620 de 1996, C-382 de 2008 y C-512 de 2013.

²⁰ Nota de la Corte: Entre otras, sentencias C-619 de 2002; C-382 de 2008 y C-512 de 2013.

C. La Ley 1474 de 2011 referente a la institucionalización del procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, la modificación del procedimiento ordinario y el establecimiento de la solidaridad de los responsables fiscales

La Ley 1474 del 12 de julio 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”, fue denominada al momento de su expedición como el Nuevo Estatuto Anticorrupción, por consagrar una serie de disposiciones legales de lucha contra la corrupción administrativa.

Dicha ley introdujo una serie de modificaciones al control fiscal, las cuales están contenidas en el capítulo VIII “MEDIDAS PARA LA EFICIENCIA Y EFICACIA DEL CONTROL FISCAL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN”, Sección Primera “MODIFICACIONES AL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL”, subsecciones I, II y III.

En la subsección I (artículos 97 a 105) se reguló el procedimiento verbal de responsabilidad fiscal.

En la subsección II (artículos 106 a 109) se regularon las modificaciones al procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal, procedimiento que está establecido en la Ley 610 de 2000.

En la subsección III (artículos 110 a 120) se establecieron unas disposiciones comunes, tanto para el procedimiento verbal como para el ordinario.

El procedimiento verbal de responsabilidad fiscal se creó para aquellos casos en los cuales se observa que con el dictamen de un proceso auditor, la denuncia o la aplicación de cualquier sistema de control, se encuentran configurados los elementos para dictar de una vez, el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal y la imputación de responsabilidad fiscal a los implicados.

En estos eventos no se requiere una indagación preliminar que, luego de su tramitación, dé origen al auto de apertura y su consecuente desarrollo para determinar la procedencia o no de dictar el auto de imputación a los presuntos responsables, los cuales son etapas propias de los procesos ordinarios de responsabilidad fiscal, de acuerdo con los artículos 39 y siguientes de la Ley 610 de 2000.

En el caso del proceso verbal, por estar ya demostrado el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existir pruebas que comprometen la responsabilidad de los implicados, se profiere el auto de apertura e imputación y se adelanta el procedimiento con mayor celeridad.

En esta forma fue instaurado por el artículo 97 de la Ley 1474 de 2011, el cual dispuso:

Artículo 97. Procedimiento verbal de responsabilidad fiscal. El proceso de responsabilidad fiscal se tramitará por el procedimiento verbal que crea esta ley cuando del análisis del dictamen del proceso auditor, de una denuncia o de la aplicación de cualquiera de los sistemas de control, se determine que están dados los elementos para proferir auto de apertura e imputación. En todos los demás casos se continuará aplicando el trámite previsto en la Ley 610 de 2000.

El procedimiento verbal se someterá a las normas generales de responsabilidad fiscal previstas en la Ley 610 de 2000 y en especial por las disposiciones de la presente ley.

(...).

Los artículos siguientes al citado de la Ley 1474 de 2011 establecen el trámite del proceso verbal de responsabilidad fiscal, el cual, basado en la realización de audiencias, busca ser ágil y rápido para concluir en el fallo con o sin responsabilidad fiscal.

Como se mencionó en precedencia, la subsección III de la sección primera del capítulo VIII de la Ley 1474, contempla unas disposiciones comunes al procedimiento ordinario y al procedimiento verbal de responsabilidad fiscal, dentro de las cuales se encuentran las de los artículos 118 y 119 referentes a la culpabilidad y la solidaridad en los procesos de responsabilidad fiscal.

El artículo 118 de dicha ley establece claramente que la responsabilidad fiscal tiene un fundamento subjetivo que consiste en el dolo o la culpa grave en la actuación del gestor fiscal. La culpa grave se presume en los casos precisos que indica la norma. Esta dispone lo siguiente:

Artículo 118. Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a ese título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;

c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;

d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

e) Cuando se haya efectuado el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos y haberes laborales con violación de las normas que rigen el ejercicio de la función pública o las relaciones laborales²¹.

Luego el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 establece la existencia de solidaridad pasiva en los fallos de responsabilidad fiscal, de acciones populares y acciones de repetición.

²¹ El artículo 118 de la Ley 1474 de 2011 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia C-512 de 2013.

Este artículo es uno de los que motiva la consulta, pero como esta se circunscribe a los fallos de responsabilidad fiscal, a estos se debe limitar el pronunciamiento de la Sala. La norma prevé lo siguiente:

Artículo 119. Solidaridad. En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial²² (Subraya la Sala).

La expresión “responsabilidad fiscal” del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 fue demandada por inconstitucionalidad, ya que según la argumentación de la accionante la previsión de la solidaridad entre el ordenador del gasto y las demás personas que concurran en un daño patrimonial al Estado, implicaba una atribución de responsabilidad con un fundamento objetivo, no subjetivo, es decir, “sin que sea necesario algún grado de culpabilidad, por lo cual se estaría desconociendo la presunción de inocencia prevista por el artículo 29 de la Constitución, como uno de los contenidos del derecho fundamental al debido proceso”.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-338 del 4 de junio de 2014, desestimó el cargo y sostuvo que el criterio de la imputación en el proceso de responsabilidad fiscal es siempre subjetivo, pues se basa en el dolo o la culpa grave del procesado.

Sobre este tema, la Corte manifestó lo siguiente:

El fundamento para dicha conclusión radica en que el marco legal vigente, en acuerdo con la Constitución Política, exige la existencia de dolo o culpa grave como fundamento de la atribución de responsabilidad de naturaleza fiscal. Por su parte, el artículo 119 de la ley 1474 de 2011, sin prever un fundamento distinto para la imputación, determina un asunto por completo distinto: que aquellos a quien sea imputada responsabilidad fiscal, responderán de forma solidaria.

En efecto, la ley 1474 de 2011 incluye diversos preceptos que hacen referencia a los procesos de responsabilidad fiscal. Entre ellas se cuenta el artículo 118, disposición relativa a los parámetros y fundamentos con base en los cuales debe llevarse a cabo la atribución de responsabilidad en los procesos fiscales, de acuerdo con la cual toda decisión debe tener como fundamento un grado de imputación subjetiva, que puede ser culpa grave o dolo.

En este sentido el mencionado artículo consagra:

²² La Sala observa que si bien la redacción del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 podría ser mucho más clara y precisa, la solidaridad que este establece no se limita a los fallos de responsabilidad fiscal que se produzcan con ocasión de la contratación estatal, sino que comprende también todos los demás asuntos en los cuales haya gestión o manejo de dineros o recursos públicos.

Lo anterior, por cuanto la norma emplea la expresión “u otros hechos irregulares” para referirse al daño patrimonial al Estado que puede ser causado en actividades distintas a la contratación pública, y al final, utiliza la expresión que la solidaridad se establece “y con las demás personas que concurran al hecho”, lo cual significa, en una interpretación no literal sino del sentido lógico de la norma, que la responsabilidad solidaria se genera entre el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad, no necesariamente “contratante”, y las demás personas que intervienen en la causación del daño.

“Artículo 118. DETERMINACIÓN DE LA CULPABILIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL. **El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el dolo o la culpa grave.**”

Disposición legal que reafirma lo establecido por el artículo 4º de la ley 610 de 2000, según el cual “[l]a responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la **conducta dolosa o culposa** de quienes realizan gestión fiscal (...); y por el artículo 5º de la misma ley, que al enumerar los elementos de la responsabilidad fiscal incluye expresamente “[u]na **conducta dolosa o culposa** atribuible a una persona que realiza gestión fiscal” –negrilla ausente en los textos legales-.

Sin que esto implique un pronunciamiento sobre la exequibilidad de alguno de los preceptos citados, para la Sala éstos reiteran los parámetros que la jurisprudencia constitucional²³ ha deducido del análisis conjunto de los artículos 90, 124 y 268 de la Constitución en materia de criterios de imputación en los procesos de responsabilidad fiscal. De acuerdo con los citados criterios jurisprudenciales “[l]a responsabilidad fiscal es de carácter subjetivo, pues para deducirla es necesario determinar si el imputado obró con dolo o con culpa. Al respecto, ha dicho la Corte que en materia de responsabilidad fiscal está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y, por tanto, la misma debe individualizarse y valorarse a partir de la conducta del agente”²⁴ (Subraya la Sala).

Dilucidado el punto del fundamento subjetivo de la responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional se ocupó de la solidaridad pasiva instituida por el artículo 119 de la citada Ley 1474 de 2011. Concluyó la Corte sobre este aspecto lo siguiente:

(...) La responsabilidad fiscal sólo será **imputable** cuando se haya comprobado la existencia de culpa grave o de dolo por parte de quien tenía a su cargo la administración o vigilancia de los bienes del Estado -incluso, el mismo artículo 118 prevé hipótesis en donde el dolo y la culpa grave, como elementos sine qua non en la imputación de responsabilidad fiscal, pueden presumirse-; y

(...) En aquellos casos en que haya sido posible imputar –con base en culpa grave o dolo- responsabilidad fiscal a más de un sujeto, éstos, por determinación expresa del artículo 119 de la ley 1474 de 2011, responderán solidariamente.

En consecuencia, la solidaridad que establece el artículo 119 de la ley 1474 de 2011 entre los responsables de pagar las obligaciones derivadas de un proceso fiscal, no implica la creación de un parámetro de imputación distinto al previsto en los artículos mencionados de la ley 610 de 2000, ni al previsto en el artículo 118 de aquel cuerpo normativo, ni a los que la jurisprudencia ha derivado de los contenidos constitucionales aplicables a la materia. El fundamento de la imputación continúa siendo la culpa grave o el dolo del sujeto pasivo del proceso fiscal.

La aplicación de los efectos de la solidaridad sólo tiene lugar ante la existencia de un presupuesto jurídico: que se sea responsable en materia fiscal. Una vez esto ha sido determinado, lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores que, **con base en su actuar doloso o gravemente culposo**, hayan sido encontrados responsables.

Por esta razón, ha de concluirse que el artículo 119 no establece un estándar de imputación objetivo que pueda ser aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, lo que descarta cualquier contradicción con el contenido del artículo 29 de la Constitución.

²³ Nota de la Corte: Sentencias C-619 de 2002, C-328 de 2008 y C-512 de 2013, entre otras.

²⁴ Nota de la Corte: Sentencia C-328 de 2008.

Son estos los fundamentos por los cuales la Corte Constitucional declarará EXEQUIBLE el precepto acusado (Subraya la Sala).

Como se destaca, la Corte Constitucional es clara en señalar que frente a la solidaridad pasiva contemplada por el citado artículo 119, lo procedente es cobrar el valor total de la suma objeto del fallo a cualquiera de los responsables fiscales comprendidos en el mismo.

La Corte es categórica en expresar que “lo único que la naturaleza solidaria de la obligación permite es el cobro del total de los perjuicios causados a cualquiera de los deudores”. A estos se les debió demostrar en el proceso, su responsabilidad fiscal por haber actuado con dolo o culpa grave en la causación de la lesión al patrimonio público.

D. El artículo 1573 del Código Civil y la renuncia del acreedor a la solidaridad respecto del deudor que efectuó un pago parcial de la obligación

Dentro de la teoría general de las obligaciones, adquiere especial relevancia el artículo 1568 del Código Civil que establece el concepto de las obligaciones solidarias en materia civil. Dice así:

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

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es **solidaria o in solidum**.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley (Subraya la Sala).

De manera general, cuando varios deudores se comprometen a cumplir una obligación de una cosa divisible, como por ejemplo, a pagar una suma de dinero²⁵, asumen el compromiso de pagar cada uno su parte o su cuota en la obligación, siendo lo que se denomina “las obligaciones conjuntas”, a las cuales alude el primer inciso de la norma.

Ahora bien, si son varios los deudores y se comprometen a pagar una prestación, declarando que cada uno se compromete a pagar el total de esta, se configura una de las llamadas “obligaciones solidarias”, reguladas en los dos incisos siguientes de la norma y en los artículos 1569 al 1580, y concordantes, de la codificación civil.

²⁵ Sobre el carácter divisible o indivisible de una obligación, el artículo 1581 del Código Civil aporta claridad cuando estatuye lo siguiente:

“Artículo 1581.- La obligación es divisible o indivisible según tenga o no tenga por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota.

Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, o la de hacer construir una casa, son indivisibles; la de pagar una suma de dinero, divisible” (Subraya la Sala).

La solidaridad debe ser declarada por los deudores obligados en virtud de la convención o el contrato, en materia civil²⁶, pero también puede surgir del testamento o de la ley.

En el caso de los fallos de responsabilidad fiscal que afectan a varias personas, se observa que la solidaridad de estas en el pago de la suma determinada en el fallo respectivo, surge de la ley, pues la establece, de manera expresa, el artículo 119 de Ley 1474 de 2011, arriba citado.

La cosa que se debe solidariamente por varios deudores, “ha de ser una misma”, conforme lo establece el artículo 1569 del Código Civil²⁷.

En razón de la solidaridad, el acreedor tiene la facultad de exigir a todos los deudores de manera conjunta, o a uno de ellos, el total de la obligación. Esta prerrogativa es de gran interés y beneficio para el acreedor, pues es claro que este tiene en el carácter solidario de sus deudores, una garantía de la recuperación de su crédito²⁸. Tal es la consecuencia del artículo 1571 del mismo estatuto, que dispone:

Artículo 1571.- El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división.

Es claro que las normas del Código Civil tienen aplicación en cuanto a la naturaleza y alcance de la obligación solidaria.

Ahora bien, entre las distintas normas civiles que regulan la figura de la solidaridad obligacional, se encuentra una, que es la que motiva la consulta en relación con su aplicabilidad en el derecho público del control fiscal y su eventual alcance respecto del pago de la suma fijada por los fallos de responsabilidad fiscal que comprenden a varias personas.

Se trata del artículo 1573 del Código Civil, el cual establece la facultad para el acreedor de renunciar, de manera expresa o tácita, a la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos.

²⁶ Contrariamente a lo que sucede en materia mercantil, en donde la solidaridad se presume. En efecto, el artículo 825 del Código de Comercio establece la presunción de solidaridad en los siguientes términos:

“Artículo 825.- En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

²⁷ La doctrina ha indicado sobre este aspecto de la solidaridad pasiva entre las partes, lo siguiente: “Cada uno de los obligados debe simultáneamente la misma prestación, pero una sola. Cualesquiera que sean las vicisitudes porque pase la relación solidaria, subsiste el nexo hasta cuando el interés del acreedor sea satisfecho totalmente o la obligación se extinga por otro medio, y cuando se trata de reducción, el remanente queda sometido al régimen de solidaridad (C.C., arts. 1572 y 1575)”. (Hinestrosa, Fernando. Obligaciones, primera y segunda partes. Editorial Univ. Externado de Colombia, pág. 21).

²⁸ La doctrina ha destacado la gran utilidad de la solidaridad pasiva, como se aprecia en el siguiente comentario:

“La solidaridad pasiva cumple la función de otorgar al acreedor la garantía ilimitada de varios sujetos, y con ellos de varios patrimonios, simultáneamente deudores y, por ende, responsables; de ahí su utilización muy intensa como el más elemental de los respaldos del crédito, que la ha hecho prácticamente universal, en todas las operaciones, constante a la cual corresponde la presunción establecida por el nuevo Código de Comercio (Cfr. C.C. italiano, art.1294).

Cuando la ley la consagra, lo hace bien a título de sanción represiva, como vinculación más estrecha y drástica, o de protección superior para el titular del interés frente a quienes lo han administrado o manejado conjuntamente, o para imprimir mayor seguridad al tráfico jurídico”. (Hinestrosa, Fernando. Ob. cit., pág. 22).

La norma estatuye lo siguiente:

Artículo 1573. El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la (sic) solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos.

La renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando la ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos.

Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad.

Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda.

Como se aprecia, esta norma contempla dos eventos:

1) La facultad del acreedor de renunciar expresa o tácitamente, a la solidaridad en relación con uno de los deudores solidarios por pago parcial de la obligación.

La renuncia es tácita a favor de dicho deudor, si el acreedor reconoce el pago de la parte o cuota de aquel en la obligación, en la demanda o la carta de pago, sin hacer reserva especial de la solidaridad o reserva general de sus derechos.

En este caso, la renuncia no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por la parte del crédito que no fue cubierta por el deudor que hizo el pago parcial y que se benefició con la renuncia a la solidaridad hecha por el acreedor.

2) Si el acreedor renuncia a la solidaridad respecto de todos los deudores, la norma establece que ello significa la división de la deuda y por tanto, la obligación deja de ser solidaria para convertirse en conjunta. Se pierde la prerrogativa del acreedor sobre la solidaridad pasiva.

E. La improcedencia de la renuncia a la solidaridad por parte de la Contraloría General de la República²⁹, en favor de uno de los responsables fiscales que realiza un pago parcial de la suma del fallo de responsabilidad fiscal

La consulta en la primera pregunta indaga si el artículo 1573 del Código Civil es aplicable al cobro de sumas determinadas en fallos con responsabilidad fiscal solidaria e indivisible.

En otras palabras, si el acreedor fiscal, en este caso, la Contraloría General de la República, después de dictar un fallo de responsabilidad fiscal contra varias personas que vienen a ser deudores fiscales, cuando les va a exigir el pago de la suma fijada en el fallo a todos o a uno de ellos, puede renunciar a la solidaridad respecto de uno de tales deudores que ofrece hacer un pago parcial.

²⁹ Cabe anotar que la consulta se centra sobre la Contraloría General de la República y a ella se referirá la Sala. Sin embargo, se observa que la primera pregunta se refiere a los fallos de responsabilidad fiscal que también les corresponden a las contralorías territoriales, de manera que en la respuesta a dicha pregunta la Sala hará la mención de estas.

Esta es la hipótesis a la cual se refieren las tres preguntas siguientes de la consulta y por tanto, sobre ella se efectúa el análisis de la Sala, no sobre la hipótesis de la renuncia del acreedor a la solidaridad respecto de todos los deudores, pues esta no se plantea a lo largo de la consulta ni en los otros interrogantes.

La Sala encuentra que la Contraloría General de la República puede recibir un pago parcial de la suma determinada por un fallo de responsabilidad fiscal, que comprende a varias personas y que por tanto, genera una obligación solidaria a cargo de estas, de acuerdo con el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, pero sin que ello implique renuncia, ni expresa ni tácita, a la solidaridad respecto del deudor que hizo el pago parcial.

Lo anterior, por cuanto la exigencia de pago de la suma fijada por un fallo de responsabilidad fiscal se refiere a dineros o recursos públicos, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales no están facultadas para hacer la mencionada renuncia y la responsabilidad solidaria existe “hasta la recuperación del detrimento patrimonial” al Estado, como lo dispone el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011.

En consecuencia, los órganos de control fiscal deben seguir aplicando la solidaridad sobre el saldo insoluto de la obligación, respecto de los demás deudores fiscales e inclusive respecto del deudor fiscal que efectuó el pago parcial.

En este orden de ideas, y para reiterar lo manifestado en precedencia, la Sala observa que en relación con la primera pregunta de la consulta, referente a la posible aplicación del artículo 1573 del Código Civil en relación con el cobro de las obligaciones solidarias surgidas de fallos con responsabilidad fiscal, la respuesta ha de ser negativa, en forma adicional por las siguientes razones:

- La suma determinada por un fallo de responsabilidad fiscal que comprende varios responsables fiscales, corresponde al valor probado del detrimento patrimonial del Estado o de la pérdida, daño o deterioro (por causas distintas al desgaste natural) de bienes públicos y por tanto, tiene el carácter de dineros o recursos públicos que se deben recuperar de manera total y no parcial.

En efecto, la suma establecida en el fallo de responsabilidad fiscal contra varias personas, quienes incurrieron en dolo o culpa grave, representa el valor demostrado del daño patrimonial causado a bienes, fondos o recursos del Estado, en el ejercicio de la gestión fiscal de servidores públicos o de particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado, que, en consecuencia, debe ser resarcido en su totalidad al Estado y por ende, incorporado al patrimonio público³⁰.

Como se vio, el Decreto Ley 403 de 2020 modificó mediante su artículo 126, el artículo 6º de la Ley 610 de 2000, y continuó con la definición de “daño patrimonial al Estado”, en el sentido de que este consiste en “la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, (...)”.

³⁰ La noción de patrimonio público se relaciona con el antiguo término de “erario”, no de “erario público”, pues esta es una expresión redundante, ya que el erario siempre es público, es del Estado.

“El término erario hace referencia a la totalidad del patrimonio del Estado. Erario viene del vocablo latino erarium, que quiere decir cobre, ya que en el mundo antiguo las monedas eran mayoritariamente de este metal. En nuestros días la palabra erario se emplea como sinónimo de tesoro público”. (Fuente: <https://www.definicionabc.com/historia/erario.php>).

Por consiguiente, recuperar la suma equivalente al detrimento o al daño patrimonial del Estado significa claramente recuperar el patrimonio público, de manera que las sumas que deben pagar los deudores por los fallos de responsabilidad fiscal, deben ingresar al patrimonio público, pues constituyen el resarcimiento de dineros o recursos públicos.

Sobre esta noción del patrimonio público, el Consejo de Estado se ha referido en varias ocasiones, como por ejemplo, en la Sentencia del 31 de mayo de 2002 sobre una acción popular radicada con el Núm. 25000- 23-24-000-1999-9001-01 (AP-300), en la cual la Sección Cuarta de la corporación la precisó en la siguiente forma:

Por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales. La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales.

El cobro de la suma determinada por un fallo de responsabilidad fiscal que comprende varios deudores, genera una obligación solidaria que debe ser por la totalidad de dicha suma, y se puede exigir a todos o a uno de tales deudores. Por lo tanto, no es viable jurídicamente aceptar un pago parcial de uno de ellos condicionado a que la obligación pierda su calidad legal de solidaria y la entidad estatal renuncie a dicha solidaridad a favor de uno de los deudores.

Obrar así, no solo sería contrario al mandato legal de calificar la naturaleza jurídica de la obligación como solidaria, sino renunciar al cobro de un patrimonio público a favor de uno de los deudores solidarios.

En efecto, al establecerse mediante el fallo de responsabilidad fiscal, una suma a cargo de varios responsables fiscales, que por disposición de la ley, vale decir, del artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, resultan deudores solidarios, la Contraloría General de la República debe hacer las gestiones para recuperar el valor total del detrimento patrimonial del Estado o la pérdida o daño de los bienes públicos.

De esta manera, la obligación se le debe cobrar a todos o a uno de ellos, sin que pueda renunciar a la solidaridad en el caso de que uno de estos efectúe un pago parcial, pues si bien puede cobrar el resto a los otros, exoneraría al que pagó del cobro del valor total de los dineros o recursos públicos adeudados, para lo cual requeriría de una norma legal habilitante, que la autorizara a realizar tal actuación.

En otros términos, en el evento en que se pudiera, la renuncia del acreedor fiscal, la Contraloría General de la República en este caso, a la solidaridad en favor del deudor que hiciera un pago parcial, significaría no cobrarle a este la suma total del daño al patrimonio público establecido en el fallo de responsabilidad fiscal, y por lo tanto, se constituiría en una disminución de la suma adeudada por ese responsable fiscal.

El deudor beneficiado con la renuncia a la solidaridad por parte del acreedor fiscal, no entraría a cubrir el remanente resultante después del pago parcial que él hiciera, el cual quedaría a cargo de los otros deudores, respecto de los cuales no habría la certeza de que acudieran a su pago.

Por consiguiente, la renuncia del acreedor fiscal a la solidaridad, por el pago parcial de uno de los responsables fiscales comprendidos por un fallo de responsabilidad fiscal, afectaría el cobro de la suma total determinada por el fallo, la cual constituye patrimonio del Estado, pues es resarcitoria del detrimento patrimonial sufrido por este.

Resulta oportuno anotar que en materia tributaria, la llamada “*renuncia a la solidaridad por parte de la Administración*” no es admisible, como excepción presentada por el deudor solidario de la obligación tributaria, por cuanto esa figura no se encuentra dentro de las excepciones taxativas establecidas frente al mandamiento de pago de esa clase de obligaciones.

En este sentido se ha pronunciado la Sección Cuarta del Consejo de Estado en diversas sentencias, como por ejemplo, en la del 31 de julio de 2009, correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el Núm. 25000-23-27-000-2004-90729-01 (17103), en la cual sostuvo lo siguiente:

La Administración de Impuestos niega mediante los actos acusados las excepciones invocadas por la actora contra el mandamiento de pago librado en su contra, consistentes en “Renuncia tácita a la solidaridad por parte de la Administración”, “Falta de Título Ejecutivo” e “Incompetencia del funcionario que profirió el Mandamiento de Pago”, las cuales se analizan como sigue:

RENUNCIA TÁCITA A LA SOLIDARIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN.

Argumenta la actora apoyada en el artículo 1573 del Código Civil³¹, que al librar la Administración de Impuestos Mandamiento de Pago contra la sociedad INAUTO LTDA, renuncia tácitamente a la solidaridad contra los demás obligados, por cuanto sí pretendía hacerla efectiva, debió notificar un único mandamiento a la socia.

El artículo 831 del Estatuto Tributario³² determina taxativamente las excepciones que proceden contra el mandamiento de pago, sin incluir en su texto como tal la pretendida “Renuncia a la Solidaridad”. A partir de la expedición de la Ley 6 de 1992 se adicionaron como nuevas excepciones concretamente para ser invocadas por los deudores solidarios las de “Calidad de deudor solidario” y “La indebida tasación del monto de la deuda”; fuera de ellas no es dable solicitar excepción alguna.

En la misma sentencia se mencionan los planteamientos hechos sobre la “renuncia a la solidaridad”, en la sentencia objeto de la apelación, dictada el 22 de noviembre de

³¹ Nota de la sentencia: Artículo 1573 C.C. “...El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente a la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos. La renuncia tácitamente a favor de uno de ellos, cuando la ha exigido o reconocido pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin reserva general a sus derechos...”.

³² Nota de la sentencia: Art 831 E.T. “**Excepciones:** Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones: 1) El pago efectivo. 2) La existencia de acuerdo de pago. 3) La falta de ejecutoria del título. 4) La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente. 5) La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. 6) La prescripción de la acción de cobro, y 7) La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió”.

2007, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "B", en la siguiente forma:

(El Tribunal Administrativo de Cundinamarca) Indicó que la primera excepción propuesta "Renuncia tácita a la solidaridad por parte de la Administración", no puede proponerse contra el Mandamiento de Pago, en tanto que ésta no se encuentra dentro de las prescritas en el artículo 831 del E.T., las cuales solo proceden si son taxativas. Que no es dable al apoderado judicial de la accionante afirmar de acuerdo con el artículo 1537 (sic, es 1573) del Código Civil, que la Administración renunció tácitamente a la solidaridad legal existente entre la sociedad y cada uno de los socios por el hecho de haber proferido el mandamiento de pago en contra de la sociedad y no contra ellos, porque a la solidaridad no se puede renunciar, toda vez que existen normas de imperativo cumplimiento que prescriben obligaciones tributarias como las señaladas por el Estatuto Tributario, por lo que no son aplicables las del Código Civil que son de tipo general y subsidiario.

Como se aprecia de la sentencia transcrita, la persona deudora solidaria alegó la "renuncia a la solidaridad por parte de la Administración", mediante la cita del artículo 1573 del Código Civil y su interpretación propia, pero no le prosperó al no estar contemplada esa figura jurídica como excepción frente al mandamiento de pago de una obligación tributaria.

Por otra parte y en relación con el tema analizado, se podría pensar que cuando las entidades públicas efectúan conciliaciones extrajudiciales o judiciales en materia contenciosa administrativa, en asuntos susceptibles de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales, no están defendiendo de manera adecuada, los recursos públicos, pero tal punto de vista es equivocado.

En efecto, las mencionadas conciliaciones se encuentran reguladas por el ordenamiento legal, deben basarse en un acervo probatorio aportado a la diligencia o al proceso, cuentan con la intervención de los agentes del Ministerio Público quienes deben estar atentos a que el acuerdo conciliatorio tenga respaldo probatorio y no sea lesivo del patrimonio público, deben ser aprobadas por el juez o corporación competente de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por sobre todo, se deben referir a asuntos en los cuales se encuentre que los derechos están en un punto en que son inciertos y discutibles y sin cuantificar de manera exacta, como sucede por ejemplo, con la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por un accidente de tránsito.

En el caso de los fallos con responsabilidad fiscal se advierte que la situación es muy distinta, pues, conforme lo establece el artículo 53 de la Ley 610 de 2000, arriba citado, se trata de una suma determinada, conforme a lo demostrado en el proceso de responsabilidad fiscal, que constituye el valor de un detrimento patrimonial ocasionado al Estado, que debe ser resarcido por las personas que lo causaron por dolo o culpa grave, y en tal virtud, el órgano de control fiscal debe hacer todas las gestiones procedentes en orden a lograr su pago completo.

En síntesis de lo expuesto, la Contraloría General de la República, en tanto que acreedor fiscal, no tiene la facultad para renunciar a la solidaridad en los términos del artículo 1573 del Código Civil, en favor de un responsable fiscal que hizo un pago parcial de un fallo con responsabilidad fiscal que comprendió a varias personas, pues siempre debe aplicar la prerrogativa de la solidaridad conferida por el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 y en consecuencia, exigir el valor total de la suma determinada por el fallo, a todos los responsables fiscales o a uno de ellos.

- La Contraloría General de la República es un órgano de control público y por tanto, sus funciones, como las de todas las autoridades, están determinadas por la Constitución y la ley.

En efecto, el artículo 121 de la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 121.- Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley³³.

En el mismo sentido y como un desarrollo de esta norma, los artículos 122 y 123 de la Carta prevén lo siguiente:

Artículo 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...).
(...).

Artículo 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio (Subraya la Sala).

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha señalado el carácter reglado de las funciones de las autoridades y que solo por excepción, puede existir un margen de discrecionalidad en algunas materias, pues un postulado fundamental del Estado institucionalizado por la Constitución de 1991, es el principio de legalidad de las atribuciones de los órganos y entidades públicas y más concretamente, de los servidores públicos. Es así como, por ejemplo, en una de sus primeras sentencias, la C- 479 del 13 de agosto de 1992, la Corte manifestó lo siguiente:

En efecto, dentro del esquema trazado por la Constitución, las normas confieren a las autoridades un poder reglado, de acuerdo con postulados característicos del Estado de Derecho (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123, inciso 2º, de la Constitución colombiana), pero en ciertas materias, como las relativas a la gestión económica y social, se deja un margen de discrecionalidad para que el Estado, en forma eficaz, procure la satisfacción del interés colectivo -carácter social del Estado de Derecho, artículos 1º, 2º y 209 de la Carta-.

En varias sentencias, la Corte Constitucional ha fundamentado el carácter reglado de las funciones de los órganos y entidades públicas, así como de los servidores públicos, en el Estado de Derecho. Lo explicó, en la Sentencia C-027 del 5 de febrero de 1993, en los siguientes términos:

(...) Recuérdese que en un Estado de Derecho todo poder es una simple competencia jurídica. Esto es, una facultad conferida expresamente en una norma, cuyo contenido es delimitado por la misma disposición, la cual a su turno condiciona sus fines así

³³ Esta norma guarda concordancia con la establecida en el artículo 6º de la Carta, según la cual los servidores públicos son responsables en los casos de omisión y de exceso en el desempeño de sus funciones, además, lógicamente, de los de infracción de la Constitución y las leyes. La norma preceptúa lo siguiente:

“Artículo 6º.- Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

como y (sic) la oportunidad y circunstancias para ponerla en acto, al igual que los procedimientos y formas para que su ejercicio sea regular.

Y esto es así, porque el Estado de Derecho no es otra cosa que la pretensión de racionalizar el ejercicio del poder político, sometiéndolo a una previa planificación y previsión normativas, en busca del orden, la estabilidad y la seguridad jurídicas. Se transforma de este modo el poder político, que es fáctico e incondicionado, en una facultad normada y por tanto, limitada, y, en consecuencia también, controlada y corregible en sus desbordamientos.

Esta es la doctrina expresada en el art. 3o. de la Carta Política cuando enseña que el poder público que emana del pueblo, se ejercerá en los términos que la Constitución establece.

Quiere esto decir que los poderes que establece la Constitución no son los supremos, ni son originarios. Se trata de poderes subordinados al superior o soberano por quien fueron creados o constituidos, de quien reciben sus facultades, las cuales sólo son ejercitables válidamente en tanto se sometan a las decisiones de dicho soberano contenidas en las normas constitucionales, de las cuales derivan su existencia y en las cuales encuentran fundamento las funciones que les sean asignadas.

Téngase así mismo en cuenta que en el Estado de Derecho las facultades de sus órganos son regladas. No las hay de ejercicio discrecional sino por excepción establecida expresamente. Y toda excepción es expresa. Que una facultad es reglada, significa que su regulación excluye todo factor arbitrario en su ejercicio, por lo tanto, toda extralimitación o decisión que rebase esa regulación, implica la sanción respectiva que consiste en el retiro de sus efectos o de su validez.

La competencia además de ser anterior al acto es condición de su posibilidad. Si el órgano que expide el acto carece de competencia para hacerlo, su contenido material es nulo de pleno derecho y vicia con su propia ineptitud la totalidad de los actos que de él se derivan.

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-396 del 24 de mayo de 2006, reiteró la exigencia de que las actuaciones y funciones de los órganos y entidades públicos y en consecuencia, las de sus servidores públicos, estén otorgadas de forma expresa por la ley, para efectos de la competencia legal de sus decisiones y actos. La Corte expresó lo siguiente:

El Estado es 'antropromotor' por cuanto requiere de personas físicas para poder expresar su voluntad . Así entonces, cuando estas personas actúan no lo están haciendo en nombre propio sino en calidad de representantes de la voluntad de un órgano del Estado. Pues bien, en un Estado de Derecho todo órgano Estatal posee una función.

Para determinar cuando estamos en presencia de una función de un órgano del Estado es indispensable cotejar la conducta con la norma jurídica preexistente. De ahí que "solo se pueda imputar al Estado aquello que el derecho ha definido previamente como atribuible al Estado".

Las funciones públicas de los órganos del Estado están delimitadas por las competencias que la Constitución y la ley atribuyen a estos.

Al respecto nuestra Constitución Política establece en diferentes artículos: (Cita los artículos 122 y 123).

De lo anterior se colige que las funciones públicas otorgadas a los órganos del Estado deben estar previamente señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento. En consecuencia, cualquiera acción que ejecute un órgano del Estado

sin estar previamente indicada en las normas mencionadas constituye una acción inconstitucional, ilegal o irreglamentaria por falta de competencia. Igualmente cualquier acción que provenga de un desbordamiento de la función asignada constituye una extralimitación de la función pública.

Con referencia a lo anterior, afirma nuestra Constitución: (Cita el art. 121).

En el asunto objeto de análisis, se observa que la facultad del acreedor de renunciar a la solidaridad respecto del deudor solidario que efectuó un pago parcial de la obligación, contemplada en el artículo 1573 del Código Civil, no se encuentra asignada como una potestad o función de la Contraloría General de la República y por tanto, esta carece de norma legal habilitante que le permita realizarla, dada la exigencia de que la competencia debe estar legalmente otorgada, conforme al principio de legalidad de la competencia de las atribuciones y funciones de los órganos y entidades públicos, y también de los servidores públicos, establecido en las normas superiores citadas en precedencia y desarrollado por la jurisprudencia expuesta.

Ciertamente, como se mencionó de modo amplio en los antecedentes de la consulta, la Resolución Núm. 6594 del 14 de junio de 2012 de la Contraloría General de la República, "Por medio de la cual se delimita el uso de las facultades previstas en el artículo 1573 del Código Civil", constituía una forma de "regulación" del uso de tales facultades por parte de la misma Contraloría, específicamente, la de renunciar a la solidaridad frente al deudor que efectuara un pago parcial de la obligación derivada de un fallo con responsabilidad fiscal que comprendiera a varias personas, con una serie de requisitos y condicionamientos.

Sin embargo, conforme se advierte, dicha resolución no significaba de ninguna manera, el otorgamiento de tal función por la ley y, según se expuso igualmente en los antecedentes, no fue aplicada por la Contraloría, antes bien, fue derogada por esta mediante la Resolución Núm. 11 del 16 de marzo de 2017. En otros términos, rigió temporalmente sin efectos prácticos y ya no se encuentra en el ordenamiento jurídico.

En síntesis, se aprecia que la Contraloría General de la República no tiene asignado por la ley, el ejercicio de la facultad del acreedor de renunciar a la solidaridad en favor del deudor que hace un pago parcial de la obligación solidaria, establecida en el artículo 1573 del Código Civil, en este caso, la obligación solidaria resultante de un fallo con responsabilidad fiscal que comprende a varias personas.

F. Conclusión

La finalidad del proceso de responsabilidad fiscal es resarcir de manera total el daño patrimonial al Estado.

Como se vio en los capítulos precedentes, el propósito de las normas relacionadas con los procesos de responsabilidad fiscal es la recuperación del valor total del daño patrimonial al Estado, de modo que se recobre el valor integral de la lesión al patrimonio público.

Precisamente, el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, varias veces citado, al establecer la solidaridad de los responsables fiscales, buscó el resarcimiento pleno de las pérdidas o daños del patrimonio público, dado que el carácter solidario de la obligación implicaba el cobro de la suma integral del fallo a todos los deudores o a uno solo de ellos, lo que constituía una garantía para el acreedor fiscal.

Al plantearse la hipótesis del artículo 1573 del Código Civil, el acreedor renuncia a la solidaridad en favor de un deudor que hizo pago parcial de la obligación, con lo cual renuncia a la posibilidad de cobrarle a ese deudor la suma total de esta y en consecuencia, afecta o disminuye su garantía, aunque tenga la posibilidad de cobrarle a los otros deudores el remanente de la obligación, pues se advierte, en principio, que quien pagó una parte, era quien tenía mayor solvencia económica.

Ciertamente, la Contraloría General de la República puede recibir un pago parcial de la suma determinada en un fallo de responsabilidad fiscal que comprende a varias personas y que, por ende, genera una obligación solidaria, pero ello no significa la renuncia, ni de manera expresa ni tácita, a la solidaridad en favor del deudor que hizo dicho pago. Lo anterior, por cuanto la responsabilidad solidaria establecida por el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011, tiene como propósito la obtención de la suma equivalente al daño patrimonial al Estado, la cual, por tanto, tiene la naturaleza jurídica de dineros o recursos públicos. Además, los órganos de control fiscal no están facultados legalmente para renunciar a la mencionada solidaridad y la finalidad de tal norma es aplicar la responsabilidad solidaria hasta la recuperación de dicho daño.

En síntesis, el artículo 1573 del Código Civil no resulta aplicable en el evento de la obligación solidaria surgida de un fallo con responsabilidad fiscal que declara a varias personas como responsables fiscales, pues si bien el órgano de control fiscal puede recibir un pago parcial de la suma fijada por el fallo, ello no implica renuncia, ni expresa ni tácita, a la solidaridad por parte del acreedor fiscal, en favor del deudor que efectuó el pago parcial, quedando vigente la solidaridad sobre el saldo insoluto de la obligación respecto de los demás responsables fiscales e inclusive respecto del que realizó el pago parcial.

IV. LA SALA RESPONDE

1. ¿Es aplicable el artículo 1573 del Código Civil al cobro de cuantías determinadas en fallos con responsabilidad fiscal solidaria e indivisible?.

No. El artículo 1573 del Código Civil no es aplicable en el cobro de cuantías determinadas en fallos de responsabilidad fiscal solidaria e indivisible, por cuanto la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales no pueden renunciar al deber legal de cobrar una obligación solidaria en los términos establecidos por la ley. Lo anterior, por la naturaleza del recurso público que debe ser resarcido, porque la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales no están facultadas en el ordenamiento jurídico para renunciar a esta solidaridad, y además, porque el artículo 119 de la Ley 1474 de 2011 establece la responsabilidad solidaria hasta la recuperación del detrimento patrimonial al Estado, en los términos expuestos en este concepto.

2. ¿La Contraloría General de la República puede aceptar la oferta de pago parcial hecha por un responsable fiscal respecto de una obligación *in solidum* contenida en un fallo de responsabilidad fiscal, renunciando a la solidaridad respecto de la persona pero sin renunciar al cobro total de la obligación respecto de los demás responsables fiscales?.

No. La Contraloría General de la República no puede renunciar, en forma expresa o tácita, a la solidaridad respecto de los deudores en un proceso de responsabilidad

fiscal, como condición para aceptar una oferta de pago parcial realizada por uno de los deudores declarado como responsable fiscalmente. Lo anterior no impide que el órgano de control fiscal pueda aceptar un pago parcial sin que se entienda que este deudor quede liberado de la obligación solidaria.

3. ¿Cuáles serían los efectos jurídicos de la renuncia de la solidaridad de la obligación de resarcimiento patrimonial contenida en un fallo de responsabilidad fiscal respecto de un responsable fiscal, con relación a aquel y con respecto a los demás responsables fiscales sobre los cuales no se ha renunciado la (sic) solidaridad?.

4. ¿Cuál podría ser el criterio jurídico a tener en cuenta por parte de la CGR para determinar el monto o suma del total de la obligación solidaria, que el responsable fiscal puede asumir para que la entidad renuncie a la solidaridad respecto de aquel?.

Como se desprende de las dos primeras respuestas, no resulta necesario responder al tercero y al cuarto interrogantes, por sustracción de materia.

Remítase copia al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala