

Bogotá D.C.,
110

Señor
CARLOS EDUARDO GARCÍA CRUZ
abogadocgarcia@gmail.com; carlosgarcianeiva@gmail.com



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202302601
Fecha: 25 de septiembre de 2023 07:59:55 AM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: CARLOS EDUARDO GARCÍA CRUZ

Referencia: Concepto 110.079.2023
SIA-ATC. 012023000663
Temas: Del daño patrimonial.

Respetado señor Carlos García,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento mediante correo electrónico del martes, 22 de agosto de 2023, el cual fue radicado bajo No. 02331202302100 y SIA-ATC. No 012023000663, en el que se realiza las siguientes consultas:

- «1. ¿Cómo debe una entidad pública del orden territorial registrar en su patrimonio la inversión en acciones de una sociedad anónima de economía mixta, debe diferenciar el valor nominal y el valor intrínseco?»
2. ¿Las variaciones o la disminución del valor intrínseco de la acción en una sociedad anónima de economía mixta puedan (sic) generar daño patrimonial a la entidad pública territorial que participa en la sociedad mercantil aun cuando esta sigue siendo propietaria y no son objeto de proceso de enajenación?»
3. ¿procede el archivo de un proceso de responsabilidad fiscal basado en la disminución del valor intrínseco de la acción en una sociedad anónima de economía mixta, cuando el valor intrínseco aumenta e incluso supera el valor base sobre el cual parte la determinación del supuesto daño patrimonial?»
4. ¿Cuál es la metodología que debe utilizar la entidad pública territorial para determinar si existe riesgo de daño patrimonial cuando inicia un proceso de enajenación de acciones emitidas por una sociedad anónima, debe traer a valor presente la inversión inicial o debe utilizar las metodologías de valoración de empresas comúnmente utilizadas?»

Respecto de las consultas 1 y 4, las mismas fueron trasladadas a la Contaduría General de la Nación mediante memorial radicado con No. 1102-202302333 el día 29 de agosto de 2023, en virtud el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, por lo que este Despacho se pronunciará respecto a las consultas 2 y 3.

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta. Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del

control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: «Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución...» (Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, con el fin de dar respuesta a su requerimiento, nos permitimos a abordar el asunto presentado por usted, de manera general y abstracta, en los siguientes términos:

1. Del daño patrimonial.

La Ley 610 de 2000 por la cual se estableció el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, contempló como uno de los elementos propios de la Responsabilidad Fiscal, el daño patrimonial al estado, el cual se definió de la siguiente manera:

«Artículo 5o. Elementos de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Artículo 6o. Daño patrimonial al estado. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, ~~uso indebido~~ o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, ~~inequitativa~~ e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.»

Ahora bien, en sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007, la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, desarrolló el concepto de daño patrimonial al Estado, señalado en el artículo sexto de la Ley 610 de 2000, determinando:

«En el artículo 6°, que contiene las expresiones demandadas, la ley incluyó una definición de daño patrimonial al Estado, que puede descomponerse así:

- a. En primer lugar, la norma contiene una descripción del daño como fenómeno objetivo.

De acuerdo con la norma que se estudia, para que exista responsabilidad fiscal debe haber una “lesión del patrimonio público”, sin la cual no existe daño patrimonial al Estado. El legislador utiliza el concepto jurídico de “lesión” para precisar el concepto general de “daño” lo cual implica que debe tratarse de un daño antijurídico.

A renglón seguido, la norma señala cual es el objeto sobre el que recae la lesión y expresa que éste pueden ser los bienes o recursos públicos, o los intereses patrimoniales del Estado.

Luego describe el contenido de la lesión, al indicar que ésta puede consistir en menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro.

- b. En segundo lugar, la norma contiene el criterio de imputación del daño antijurídico, y precisa que el mismo debe ser el resultado de una gestión fiscal por servidor público o particular que obra con dolo o culpa.

Como modalidades de la gestión que pueden conducir a la responsabilidad fiscal la norma enuncia la gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que, en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

4.2. Lo primero que cabe observar a partir del análisis del anterior contenido normativo es que la expresión “intereses patrimoniales” es una referencia al objeto sobre el que recae el daño. De manera general puede decirse que el objeto del daño es el interés que tutela el derecho y que, tal como se ha reiterado por la jurisprudencia constitucional, para la estimación del daño debe acudir a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad, razón por la cual entre otros factores que han de valorarse, están la existencia y certeza del daño y su carácter cuantificable con arreglo a su real magnitud. De este modo, no obstante, al amplitud del concepto de interés patrimonial del Estado, el mismo es perfectamente determinable en cada caso concreto en que se pueda acreditar la existencia de un daño susceptible de ser cuantificado. Tal como se puso de presente en la Sentencia C-840 de 2001, los daños al patrimonio del Estado pueden provenir de múltiples fuentes y circunstancias, y la norma demandada, de talante claramente descriptivo, se limita a una simple definición del daño, que es complementada por la forma como éste puede producirse. Así, la expresión intereses patrimoniales del Estado se aplica a todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública, y del carácter ampliamente comprensivo y genérico de la expresión, que se orienta a conseguir una completa protección del patrimonio público, no se desprende una indeterminación contraria a la Constitución.»

Por su parte, el Consejo de Estado, en concepto del 28 de mayo de 2020, Rad. 11001-03-06-000-2020-00001-00(2442), Consejero Ponente: Édgar González López, respecto al citado artículo mencionó:

«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.

(...)

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.

(...)

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.»

Ahora bien, con relación al daño, este Despacho, en concepto 110.031.2023, señaló:

«Se tiene entonces que el daño se origina o es el efecto de la realización u omisión de un hecho, es decir, que el hecho es la causa del daño, siendo aquel cualquier evento, suceso, acto o acción que lleva a la producción del daño. Así lo anotó esta Oficina como en el concepto 110.032.2010 (Radicado 20101100045321 del 13 de agosto de 2010):

«De manera que un hecho generador de daño patrimonial sería cualquier evento causado por un gestor fiscal que, de manera anormal produzca ciertamente un menoscabo, disminución, perjuicio, pérdida o deterioro determinado o determinable por los medios probatorios idóneos.»»

De igual forma, la Contraloría General de la República se ha pronunciado sobre el particular y en concepto CGR-OJ-065-2022, indicó:

«En el ámbito de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, se encuentra que los elementos que integran la responsabilidad fiscal son: - Una conducta dolosa o gravemente culposa, - Un daño patrimonial al Estado y - Un nexo causal entre los dos elementos anteriores. Por ende, en materia de responsabilidad fiscal, el daño constituye uno de sus elementos estructurales, el cual puede ser ocasionado por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o gravemente culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento del patrimonio público.

De manera que, cuando se advierta la ocurrencia de un daño patrimonial al Estado, procede el inicio del proceso de responsabilidad fiscal, con la finalidad de identificar e individualizar a los responsables del mismo, determinar el nexo de causalidad que exista entre la conducta desplegada por los autores y el daño causado, así como lograr su resarcimiento.»

De acuerdo con lo expuesto, el daño antijurídico, es la consecuencia de la realización u omisión de un hecho, que genera una lesión al patrimonio público, que recae sobre los bienes o recursos públicos,

o los intereses patrimoniales del Estado, ya sea por su menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro.

Ahora bien, el daño antijurídico como uno de los elementos para la imputación de la responsabilidad fiscal, es esencial durante todo el trámite procesal, debido a que la ausencia de este configura, en cualquier etapa, cesación de la acción fiscal, así lo determinó el Legislador en el artículo 16 de la Ley 610 de 2000, al establecer:

«Artículo 16. Cesación de la acción fiscal. En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente.» Subrayado por fuera del texto.

En ese sentido, corresponderá a cada ente de control, en el marco de sus competencias, valorar los hechos y el acervo probatorio de cada caso en concreto, con el fin de determinar la existencia o no de daño. Por lo anterior respecto del evento planteado en la consulta es necesario determinar por parte del órgano de control fiscal correspondiente si corresponde la variación o menoscabo en el valor de la acción, a un daño fiscal, es decir si están dados los elementos normativamente exigidos para que exista una lesión del patrimonio público, consecuencia esta de la realización u omisión de hecho.

En línea con lo anterior, en el marco de un proceso de responsabilidad fiscal, -como se anotó en precedencia- las condiciones para que proceda el archivo se materializan cuando se demuestre que i) el hecho no existió o ii) que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o iii) no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o iv) se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o v) aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente. En ese entendido, corresponde al operador fiscal, el realizar el análisis de los hechos que dieron lugar a la investigación y si de las pruebas obrantes dentro del proceso de responsabilidad fiscal se dan alguno de los presupuestos para el archivo de las diligencias.

En todo caso, se reitera no es procedente por parte de esta oficina jurídica pronunciarse respecto de casos, bajo el entendido que la Auditoría General de la República, no se constituye como una instancia de revisión de actuaciones en el marco de procesos de responsabilidad fiscal, tal y como lo estableció el Consejo de Estado en concepto del 18 de febrero de 2002, Rad. (1392), que señaló:

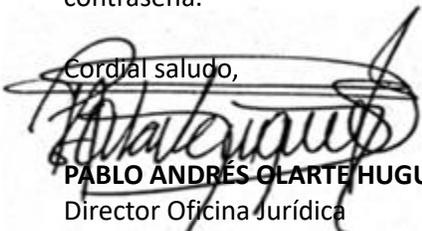
«De lo hasta aquí expuesto, es necesario concluir que la vigilancia de la gestión fiscal cumplida por la Auditoría General, está limitada por las funciones específicas que a ella le asignan las leyes 42 de 1993 y 610 de 2000, las cuales establecen los diferentes sistemas de control y el procedimiento aplicable en los procesos de responsabilidad fiscal, sin que tal competencia de la Auditoría General de la República pueda constituirse en instancia de revisión de las actuaciones procesales en cada expediente, ni a través de ella se puede ejercer control disciplinario.»

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**» (Negrilla fuera de texto)

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 # 69-76, Ed. Elemento, Torre 4 (Agua), Pisos 17 y 18 Bogotá, Cundinamarca o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y pavelasquez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y las contraseñas 5346465b también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Paula Andrea Velásquez Ferreira
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.	