



Bogotá D.C.,
110.

Doctor

CARLOS EDUARDO GARCÍA CRUZ

Abogado

Correo electrónico: abogadocgarcia@gmail.com / carlosgarcianeiva@gmail.com

E. S. D.

Referencia: Concepto 110.083.2023
SIA-ATC No. 012023000664.

1. *De la sociedades de economía mixta y su control fiscal*
2. *De la gestión fiscal*
3. *Del daño fiscal*

Respetado Doctor García Cruz,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del miércoles 23 de agosto de 2023, radicado bajo el SIA-ATC. No. 012023000664 (Cod. 02331202302103), en el que hace la siguiente consulta:

«(...)

1. ¿la gestión en fiscal en las sociedades de economía mixta con participación minoritaria del estado se limita a los administradores señalados en el artículo 22 de la ley 222 de 1995?
2. ¿puede configurarse gestión fiscal en otros empleados o personas vinculadas a la sociedad de economía mixta con participación minoritaria del estado diferentes a los señalados a la ley 222 de 1995, en caso positivo, que elementos requiere para que exista gestión fiscal?
3. ¿en caso de un presunto daño patrimonial la cuantía deberá limitarse al porcentaje de la participación estatal? (...)

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).

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal, como lo son las contralorías territoriales, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Aclarar que de conformidad con las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es una función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo»¹, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir un concepto consolidado de manera general y abstracta.

1. DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA Y SU CONTROL FISCAL:

El Título VII «DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA» del Código de Comercio, establece la definición de este tipo de sociedades en los siguientes términos:

«**Artículo 461° DEFINICIÓN DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA:** Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario».

(...)

«**Artículo 463° APORTES ESTATALES EN LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA:** En las sociedades de economía mixta los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, auxilios especiales, etc. El Estado también podrá aportar concesiones».

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3

Así mismo, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998², establece:

«**Artículo 97° SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA:** Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley».

A reglón seguido, la norma ibídem en su artículo 98, señaló las condiciones de participación de las entidades públicas en las sociedades de economía mixta en los siguientes términos:

«**ARTICULO 98°** Condiciones de participación de las entidades públicas. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta **se señalarán las condiciones para la participación del Estado que contenga la disposición que autorice su creación, el carácter nacional, departamental, distrital o municipal de la sociedad;** así como su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella». (Negrilla fuera del texto)

Resulta ilustrativo citar el concepto sobre la creación y naturaleza de la sociedad de economía mixta, de acuerdo con lo señalado en la sentencia C-953/99 del 1 de diciembre de 1999, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, por la cual la Corte Constitucional declaró la inexecutable del inciso segundo del artículo 97 de Ley 489 de 1998, así:

«La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerle una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

(...)

La naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7 de la Constitución. De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.» (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente: AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA, radicado número: 11001-03-06-000-2014-00073-00(2206), estableció el régimen legal aplicable a dichas sociedad, así:

² "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

«Régimen legal: En relación con el régimen legal aplicable a la organización y funcionamiento de estas sociedades, el artículo 97 de la Ley 489 las somete al derecho privado, como regla general, y el inciso final del artículo 85 preceptúa que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta les serán aplicables, en lo pertinente, los artículos 19, numerales 2º, 4º, 5º, 6º, 12º, 13º y 17º; 27, numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 7º, y 183 de la Ley 142 de 1994 (...).»

En ese entendido, las sociedades de economía mixta como organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales cuentan con aportes tanto públicos como privados, los cuales de acuerdo con su constitución pueden ser de índole territorial o del orden nacional y por ende son sujetos de control fiscal únicamente en el porcentaje y/o aporte estatal.

Ahora bien, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado, incluye el seguimiento permanente y constante a todos los recursos públicos (sin excepción alguna) es decir, que el control fiscal será ejercido por las contralorías territoriales en el ámbito de su jurisdicción³ sin desconocer el principio de concurrencia⁴ atribuido por la Constitución y la ley al Contralor General de la República.

En ese orden de ideas, al ser una sociedad de economía mixta y de acuerdo con el origen del presupuesto estatal ejecutado, el control fiscal se ejerce de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 42 de 1993, donde dispuso que:

«ARTÍCULO 21° La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8, de la presente Ley.

Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

PARÁGRAFO 1º En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.

PARÁGRAFO 2º La Contraloría General de la República establecerá los procedimientos que se deberán aplicar en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo». (Subraya y negrilla fuera del texto)

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto radicado 1141 del 10 de septiembre de 1998, concluye:

«(...) Es diferente, entonces, el tratamiento legal de la función de control, según se trate de participaciones del Estado en el capital social de distintas formas societarias, o de aportes. En la primera forma la vigilancia de la gestión fiscal comprende la evaluación de la actividad empresarial con el fin de establecer la observancia de los principios de legalidad, eficiencia, oportunidad, entre otros. En la segunda, la vigilancia se refiere al manejo específico de los recursos».

³ Art. 272° C. P. Artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 4 de 2019.

⁴ Art. 3° Decreto Ley 403-2020 «Principios de la vigilancia y el control fiscal»

Teniendo en cuenta lo expuesto, es procedente examinar las competencias respecto del ejercicio del control fiscal de las sociedades de economía mixta. Sobre este particular la Contraloría General de la República -CGR-, en concepto CGR-OJ-125-2020 que comparte este Despacho concluyó:

«En cuanto al control fiscal a las sociedades de economía mixta, la Constitución Política, en los artículos 267 y 268 modificados por el Acto Legislativo 04 de 2019, regula el ámbito de la vigilancia de la gestión fiscal del Estado como función pública a cargo de la Contraloría General de la República y las atribuciones que radican en cabeza del Contralor General de la República.

Por su parte, el artículo 272 Constitucional, se ocupa de lo atinente a la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde existan Contralorías.

Dicho control fiscal se ejerce sobre los sujetos señalados en el artículo 4 del Decreto 267 de 2000, “por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”, modificado por el artículo 2 del Decreto 405 de 2020, “por el cual se modifica la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República”, y son los siguientes:

“Artículo 2. Modificar el artículo 4 del Decreto Ley 267 de 2000, el cual quedará así:

"Artículo 4. Sujetos de vigilancia y control fiscal. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República 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, 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 éstos.

Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio de las competencias de las contralorías territoriales y la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia, prevalencia y subsidiariedad, de conformidad con la ley. (...)"

El control fiscal será de competencia de la Contraloría General de la República, si la sociedad de economía mixta pertenece al orden nacional, y lo será de las territoriales, si dicha sociedad es departamental, distrital o municipal. Esto sin perjuicio de la aplicación de los principios mencionados en la precitada norma».

Por último, esta Oficina Jurídica se pronunció en el concepto 110.061.2021 (Radicado 20211100028491 del 8 de septiembre de 2021), respecto de esta materia así:

«Del anterior análisis es posible argüir que las sociedades de economía mixta, al igual que cualquier entidad estatal o particular que administre, use, gestione (entre otras acciones) dineros públicos, se encuentran sujetos a control fiscal sobre su gestión empresarial y solo en lo tocante a los aportes estatales. Para el caso de las sociedades con aportes estatales y privados del orden municipal, distrital o departamental, estas estarán sujetas al control de la Contraloría General de la Nación y de las contralorías territoriales, dependiendo del orden al que pertenezcan dichas entidades, quienes determinarán la forma en que estos sujetos deberán rendir cuenta para el efectivo control».

2. DE LA GESTIÓN FISCAL:

Sobre el concepto de gestión fiscal se pronunció este Despacho en reciente concepto 110.082.2023 siendo preciso resaltar los siguientes apartes *-in extenso-* por la pertinencia respecto del asunto así:

«La Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» define la gestión fiscal así:

«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.»

De la norma anterior se obtiene que todo servidor público o particular que administre o maneje recursos en cualquiera de las actividades descritas y a través de la ejecución de cualquiera de las acciones igualmente allí anotadas, son gestores fiscales.

(...)

Ahora bien, de la interpretación gramatical de la norma se tiene que, la gestión fiscal es toda actividad del servidor público o el particular que implique el manejo, utilización, ordenación, disposición u organización de los recursos públicos puestos bajo su tutela.

La Corte Constitucional en Sentencia C-840 de 2001 respecto de la constitucionalidad de algunos apartes de los artículos 1, 4, 6, 12 y 41 de la Ley 610 de 2000, en cuanto a la gestión fiscal, dijo:

«Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal en los siguientes términos:

<transcribe artículo 3 Ley 610 de 2000>

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. **Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo.** Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.» (Resaltamos en negrilla)

Esta Corte en la sentencia C-438 del 30 de noviembre de 2022 declara inexecutable el artículo 37 de la Ley 2195 de 2022 «Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones», anotando respecto de la gestión fiscal y de los gestores fiscales, lo siguiente:

«(iii) La gestión fiscal

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

(...)

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

(...)

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

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

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

(iv) El gestor fiscal

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

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

(...)

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

(...)

Este Despacho en el concepto 110.059.2007 (NUR 100-1-3456 del 19 de septiembre de 2007), determinó:

«De la definición legal y jurisprudencial se extracta sin lugar a equívocos que la gestión fiscal se circunscribe al conjunto de actividades para el manejo o administración de los recursos o fondos públicos; o mejor, que las actuaciones administrativas constitutivas de gestión fiscal son aquellas sobre las que la persona tiene posición de garante frente a los bienes del Estado. En otras palabras que el sujeto encargado funcionalmente de ejercer la actividad administrativa, **debe estar facultado para disponer y administrar los bienes o fondos públicos bien sea por la ley, un contrato o a través de una relación legal y reglamentaria**^[2].» (Resaltamos en negrilla)

(...)

Colofón de lo hasta aquí anotado, podemos decir que la gestión fiscal está compuesta por las

actividades económicas, jurídicas y tecnológicas adelantadas por las personas -servidor público o particular- que tienen la potestad o competencia legal, funcional o contractual de disponer, decidir, manejar, utilizar, administrar, o destinar los recursos públicos dados bajo su tutela. En ese entendido, es dable concluir que implica la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos bajo su responsabilidad. En caso de encontrarse un hecho bajo alguno de estos supuestos y derivado de ese hecho se genere un daño patrimonial al erario por parte de un gestor fiscal nos encontramos ante una posible responsabilidad fiscal.»

De lo expuesto, es dable entender el concepto de gestión fiscal como aquellas actividades que realizan funcionarios públicos y/o particulares a quienes se les ha confiado el manejo y administración de los recursos públicos y que cuentan con capacidad decisoria sobre los mismos. Por lo tanto, es importante establecer si la persona cuenta con la función de manejo o administración de bienes públicos, así como con la capacidad de decisión sobre ellos.

3. DEL DAÑO FISCAL:

El artículo 5 de la Ley 610 de 2000 se refiere a los elementos de la responsabilidad fiscal señalando que se configuran cuando exista una conducta dolosa o gravemente culposa, un daño patrimonial al estado y un nexo causal entre los dos elementos anteriores. Por tal motivo es preciso indicar que en materia de responsabilidad fiscal el daño constituye uno de los elementos estructurales. El daño patrimonial al estado se caracteriza por ser cierto, actual, real y cuantificable, su definición fue incorporada por el legislador en el artículo 6 de la Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» como:

«**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, ~~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»⁵

Respecto de la estimación del daño, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-620 de 1996 indicó:

«Para la estimación del daño debe acudirse a las reglas generales aplicables en materia de responsabilidad; por lo tanto, entre otros factores que han de valorarse, debe considerarse que aquél ha de ser cierto, especial, anormal y cuantificable con arreglo a su real magnitud. En el proceso de determinación del monto del daño, por consiguiente, ha de establecerse no sólo la dimensión de éste,

⁵ Texto tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-340-07.

sino que **debe examinarse también si eventualmente, a pesar de la gestión fiscal irregular, la administración obtuvo o no algún beneficio.** (...) Dicha responsabilidad es, además, patrimonial, porque como consecuencia de su declaración, el imputado debe resarcir el daño causado por la gestión fiscal irregular, mediante el pago de una indemnización pecuniaria, que compensa el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal». (Negrilla fuera de texto)

En ese contexto es preciso traer a colación lo recientemente señalado por este Despacho en el marco del Concepto No. 110.031.2023 que menciona:

«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 cualquiera 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 conformidad con lo todo lo expuesto, es preciso concluir que realizan gestión fiscal todos aquellos que por habilitación legal, administrativa o contractual reciban, recauden, perciban, manejen, **administren**, dispongan o destinen bienes, fondos o recursos públicos y, son precisamente ellos, los mismos sujetos de control fiscal. Para el caso de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta esta se limita al porcentaje de la participación estatal. Por lo tanto, corresponde al respectivo ente de control fiscal el determinar quienes

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:

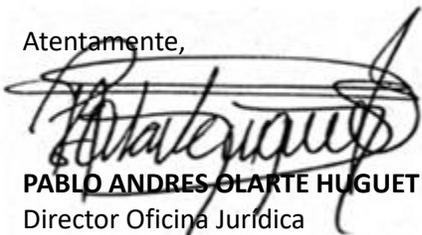
«... el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes 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)

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo

la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

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: Avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D.C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@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 la contraseña: **c08d036e**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet
<i>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.</i>	