

Bogotá,  
110



Auditoría General de la República  
 Al contestar cite el radicado No: 1102-202600732  
 Fecha: 9 de marzo de 2026 04:20:54 p. m.  
 Origen: Oficina Jurídica  
 Destino: Peticionario

Doctor  
**CÉSAR MAURICIO MARTÍNEZ DELGADO**  
[cemamade@gmail.com](mailto:cemamade@gmail.com)

Referencia: Concepto 110.014.2026  
 SIA-ATC. 012026000128

1. *Del anticipo en la contratación pública*
2. *Del control fiscal a la contratación pública*
3. *De las empresas de servicios públicos*
4. *Del control fiscal a las empresas de servicios públicos*
5. *Del daño patrimonial y la responsabilidad fiscal*

Respetado doctor Martínez Delgado,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento efectuado a través de correo electrónico del 28 de enero de 2026, radicado en la AGR en la misma fecha con el número 2101-202600218 bajo el SIA-ATC. 012026000128, en el que realiza la siguiente consulta:

«Si en un contrato diferente a los señalados en el artículo 91 de la ley 1474 de 2011(consultoria) (sic) se pacta el pago de un anticipo sobre el 50% del valor total del contrato y este se hace efectivo.

Hay responsabilidad fiscal si vencido el plazo de ejecución del contrato, el contratista desarrolló el 100% de las actividades, pero en sus informes de avance, nunca solicitó pagos parciales, por tanto, ni la entidad ni el interventor hicieron seguimiento al manejo del anticipo y su respectiva amortización? En esta eventualidad, ¿cómo se estima el daño patrimonial?» (Sic)

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, este ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a nuestra vigilancia, por lo cual, se abordará el tema objeto de consulta de manera general y abstracta.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3° del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es 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

Avenida calle 26 No. 69 - 76 Edificio Elemento, Torre 4, pisos 17 y 18. Bogotá, D. C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 -Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

 [auditoriageneral](#)  [auditoriagen](#)  [auditoriagen](#)  [auditoriageneralcol](#)

[participacion@auditoria.gov.co](mailto:participacion@auditoria.gov.co)

[www.auditoria.gov.co](http://www.auditoria.gov.co)

dependencias del organismo», 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, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Igualmente, observamos que su solicitud se refiere a asuntos o situaciones individuales y concretas que pueden llegar a ser sometidos a nuestra vigilancia, por lo cual como se anotó anteriormente no podemos pronunciarnos de forma específica; no obstante, esta Oficina Jurídica 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 concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: 1. Del anticipo en la contratación pública; 2. Del control fiscal a la contratación pública; 3. De las empresas de servicios públicos; 4. Del control fiscal a las empresas de servicios públicos; y 5. Del daño patrimonial y la responsabilidad fiscal.

### **1. Del anticipo en la contratación pública**

El término anticipo se encuentra definido por el Diccionario de la Lengua Española – DEL de la Real Academia Española – RAE, con las siguientes acepciones:

- «anticipo
- 1. m. anticipación.
- 2. m. Dinero anticipado.**» (Resaltamos en negrilla)

Así, tal como lo hemos resaltado, para el presente concepto es procedente la segunda acepción, esto es, que se trata de un dinero anticipado, tal como se verá más adelante.

El primer inciso del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública» establece el anticipo en los contratos públicos, así:

«Párrafo. En Los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.»

Obsérvese que el legislador permite la entrega de anticipo y del pago anticipado en cualquier contrato público, con solamente la restricción que ellos no superen el 50% del monto del contrato.

A su vez, la Ley 1474 de 2011 «Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública» respecto de esta figura, contempla:

«Artículo 91. Anticipos. En los contratos de obra, concesión, salud, o los que se realicen por licitación

pública, el contratista deberá constituir una fiducia o un patrimonio autónomo irrevocable para el manejo de los recursos que reciba a título de anticipo, con el fin de garantizar que dichos recursos se apliquen exclusivamente a la ejecución del contrato correspondiente, salvo que el contrato sea de menor o mínima cuantía.

El costo de la comisión fiduciaria será cubierto directamente por el contratista.

Parágrafo. La información financiera y contable de la fiducia podrá ser consultada por los Organismos de Vigilancia y Control Fiscal.»

Con esta disposición legal, el legislador establece para el manejo del anticipo otorgado de manera específica en los contratos i) de obra, ii) de salud y iii) concesiones, la obligación de constituir una fiducia o un patrimonio autónomo siempre y cuando éstos no sean de menor o mínima cuantía, disposición que no opera par los demás contratos.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en el concepto C-485 del 28 de mayo de 2025 respecto del anticipo en la contratación pública, anotó:

«Así, de acuerdo con las consideraciones de la jurisprudencia y la doctrina, **el anticipo es aquella suma de dinero entregada al contratista con la finalidad de apalancarlo financieramente para solventar los costos de la ejecución del contrato. Este dinero debe amortizarse de acuerdo con el avance en la ejecución. De esta forma, los recursos entregados a título de anticipo son del erario, razón por la que debe garantizarse su buen manejo y correcta inversión.**

Como característica esencial del anticipo, derivada del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, el pacto proviene de la autonomía de la voluntad de las partes. De allí que se generen una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre ellas. Por un lado, el contratante tiene la obligación de entregar el valor pactado como anticipo y el derecho a que los recursos sean empleados en la forma estipulada. Por otro lado, el contratista tiene derecho a recibir dicho anticipo y la obligación de destinarlo a la ejecución del contrato.

(...)

Las entidades estatales tienen la facultad de pactar la entrega de anticipos en los contratos que celebren. Para ello, deberán realizar el estudio correspondiente, con el fin de determinar la conveniencia de otorgar recursos al contratista bajo esa denominación. De este modo, las entidades podrán determinar las condiciones de entrega, el monto –que no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato–, el plazo de amortización, las condiciones necesarias para su exigibilidad, así como todas las obligaciones para su correcta inversión.

Adicionalmente, el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 no restringe el tipo de contratos estatales en los cuales es posible el ejercicio de esta facultad. Es decir, no limita la posibilidad de pactar anticipo dependiendo de la tipología contractual o la modalidad de selección del contratista. De hecho, el EGCAP dispone como única limitación el valor máximo que puede desembolsar la entidad para pactar el anticipo.

Del análisis realizado se infiere que los recursos entregados al contratista en calidad de anticipo son recursos públicos. Por tanto, corresponde a la entidad adoptar las medidas necesarias y razonables para asegurar la correcta inversión de los dineros entregados, las cuales deberán reflejarse en el contrato

celebrado. En consecuencia, deberán constituir la garantía única de cumplimiento e incluir el amparo previsto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015. Este amparo establece tres circunstancias que deben ser objeto de cobertura: i) la no inversión del anticipo; ii) el uso indebido del anticipo; y iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo<sup>7-1.</sup>» (Resaltamos en negrilla)

La Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 16 de mayo de 2019 dentro de la radicación 85001-23-31-000-2007-00159-01(40102) -relacionada asimismo en el anteriormente mencionado concepto C-485 de 2025 de CCE-define el anticipo en la contratación pública, así:

«Como lo ha indicado en anteriores oportunidades la jurisprudencia, el anticipo es el recurso o suma correspondiente a un porcentaje del valor total del contrato, pactado como contraprestación, que la entidad pública le entrega al contratista para que sea invertida específicamente en la ejecución del contrato y sea manejada generalmente en cuenta separada, con imposición de obligaciones relacionadas con legalización y amortización de la inversión, de suerte que el monto entregado como anticipo no ingresa al patrimonio del contratista sino cuando ha sido debidamente amortizado<sup>35-2</sup>.

Sobre las características del anticipo, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 13 de julio de 2000 dentro de la radicación CE-SEC3-EXP2000-N12513, dijo:

«El anticipo es pacto en el contrato regulado por la ley, que proviene de la autonomía de la voluntad, que genera obligaciones y derechos recíprocos entre las partes, en momentos diferentes.

<sup>1</sup> ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.
2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.
3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:
  - 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
  - 3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
  - 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y
  - 3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.
4. Pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales. Este amparo debe cubrir a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones laborales del contratista derivadas de la contratación del personal utilizado en el territorio nacional para la ejecución del contrato amparado.  
La Entidad Estatal no debe exigir una garantía para cubrir este Riesgo en los contratos que se ejecuten fuera del territorio nacional con personal contratado bajo un régimen jurídico distinto al colombiano.
5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción.
6. Calidad del servicio. Este amparo cubre a la Entidad Estatal por los perjuicios derivados de la deficiente calidad del servicio prestado.
7. Calidad y correcto funcionamiento de los bienes. Este amparo debe cubrir la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes que recibe la Entidad Estatal en cumplimiento de un contrato.
8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato.

(Nota 7 propia del concepto)

<sup>2</sup> Al respecto, consultar, entre otras, la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2015 por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, exp. N° 25000-23-26-000-2004-01002-01(36878). C.P. Olga Mérida Valle de De La Hoz. Asimismo, la sentencia de fecha 27 de marzo de 2014, exp. N° 25000-23-26-000-2003-01705-01(29205), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

(Nota 35 propia de la sentencia)

En una primera instancia es obligación del contratante y derecho del contratista, de **entregar y recibir** - previa constitución de la garantía -, respectivamente, una suma determinada de dinero, con cargo a los recursos del contrato, con el objeto financiar al contratista en las prestaciones a su cargo (adquisición de bienes, servicios, obras etc.).

En segunda instancia el anticipo, en su resultado, constituye una obligación del contratista y un derecho del contratante, en los siguientes aspectos:

- De inversión en los objetos determinados en el contrato y de pago por amortización, por parte del contratista.
- De recibir, por amortización, y/o hacer efectiva la garantía de anticipo, o de cumplimiento, según el Estatuto de Contratación vigente, por parte del contratante, por hechos del contratista que impliquen mal manejo o incorrecta inversión de los dineros de propiedad pública.

Las partes contratantes, acuerdan además en el contrato, las condiciones de efectividad, la proporción con el valor del contrato, la oportunidad en que debe entregarse, la vigilancia Estatal sobre las sumas y las amortizaciones.

La obligación de entrega del anticipo está a cargo del contratante, la cual precede a la ejecución del objeto contractual, propio de los negocios jurídicos bilaterales, en los cuales se impone el cumplimiento de las obligaciones a cargo de uno de los cocontratantes para que el otro pueda ejecutar la prestación subsiguiente.» (Resaltado en negrilla propio de la providencia)

La normatividad referente a la contratación pública no define el anticipo, no obstante, de acuerdo con la jurisprudencia, así como a la doctrina y la interpretación de las normas, podemos concluir que el anticipo en la contratación pública es un adelanto, avance o préstamo que la entidad contratante le hace al contratista con el fin de apalancarlo en la ejecución del contrato logrando su inicio oportuno mediante el cubrimiento de los costos iniciales como pueden ser la adquisición de herramientas o maquinaria, insumos y demás, debiéndose invertir exclusivamente en la ejecución del objeto contractual.

Los dineros del anticipo conservan su calidad de dineros públicos en tanto no se produzca su amortización en los términos que se establezcan en el contrato -que será cuando entren a ser propiedad del contratista-, lo cual conlleva a que los mismos sean protegidos de manera especial debiéndose constituir para ello la respectiva garantía y la constitución de una fiducia o un patrimonio autónomo para los contratos relacionados en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.

Respecto a la constitución de garantía, los artículos 116 y 119 del Decreto 1510 de 2013 «Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública», compilados en los artículos 2.2.1.2.3.1.7. y 2.2.1.2.3.1.10., respectivamente, del Decreto 1082 de 2015 «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional», establecen:

«Artículo 116. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

1. Buen manejo y correcta inversión del anticipo. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la

Entidad Estatal con ocasión de: (i) la no inversión del anticipo; (ii) el uso indebido del anticipo; y (iii) la apropiación indebida de los recursos recibidos en calidad de anticipo.

2. Devolución del pago anticipado. Este amparo cubre los perjuicios sufridos por la Entidad Estatal por la no devolución total o parcial del dinero entregado al contratista a título de pago anticipado, cuando a ello hubiere lugar.

(...»

«Artículo 119. Suficiencia de la Garantía de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo. La Garantía de Buen Manejo y Correcta Inversión del Anticipo debe estar vigente hasta la liquidación del contrato o hasta la amortización del anticipo, de acuerdo con lo que determine la Entidad Estatal. El valor de esta garantía debe ser el ciento por ciento (100%) de la suma establecida como anticipo, ya sea este en dinero o en especie.»

La Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 11 de julio de 2012 dentro de la radicación 85001-23-31-000-2000-00032-01(19519), dijo respecto de la garantía sobre el anticipo:

«La Sala considera que el uso indebido y la apropiación indebida comprenden la falta de inversión del anticipo, la falta de reintegro y la destinación diferente, pues, al margen de la literalidad de la cláusula contractual, la finalidad del amparo es proteger el capital estatal y evitar que se produzca un detrimento patrimonial por la pérdida de los dineros o bienes que se entreguen, a título de anticipo, para la ejecución del contrato. Debe recordarse que estos dineros y bienes, en estricto sentido, nunca salen del patrimonio del Estado, pues sólo son entregados al contratista a título de préstamo o, mejor -en el caso de los dineros- como medio de financiación, para lograr el cumplimiento del objeto contractual; por lo mismo, deben ser reintegrados a la entidad estatal en su totalidad, de modo que no tendría sentido que el riesgo de que el contratista no retornara los dineros pudiera entenderse excluido del amparo, como lo quiere hacer ver el recurrente y, dicho sea de paso, como lo entiende el delegado del Ministerio Público en esta instancia.»

Y más recientemente la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia del 14 de octubre de 2021 dentro de la radicación 68001-23-33-000-2013-00362-01(50623), al respecto anotó:

«(...) Como se expuso anteriormente, en los seguros de daños, como el de cumplimiento, además de que haya ocurrido el siniestro, consistente en el incumplimiento de la obligación de amortizar el anticipo, debe este incumplimiento ocasionar un perjuicio patrimonial, con el que se configure un daño indemnizable. De lo contrario, al superar la reparación del daño, las garantías contractuales no funcionarían como una salvaguarda al patrimonio y al interés público, como fueron concebidas en el ordenamiento colombiano.»

Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 contempla la procedencia en los contratos públicos de pactar el anticipo y el pago anticipado, es conveniente diferenciar entre estos dos conceptos.

Anteriormente definimos el anticipo diciendo que es en términos generales un préstamo que se le

efectúa al contratista para que logre una ejecución oportuna del objeto contractual, el cual debe devolver con la ejecución a través de amortizaciones; ahora, el pago anticipado es el pago efectivo de una porción del valor del contrato, es decir, es un desembolso anticipado de tal valor, por lo tanto, este pertenece al contratista. Para una mayor comprensión, vemos las diferencias de una forma esquemática:

	<b>Anticipo</b>	<b>Pago anticipado</b>
Naturaleza de los recursos	Públicos (pertenecen a la entidad hasta que produzca su amortización)	Privados (entran al patrimonio del contratista desde su desembolso)
Objetivo o finalidad	Financiar o apalancar al contratista para una oportuna ejecución del contrato	Pago efectivo de un porcentaje del valor del contrato, extinguiendo la obligación.
Destinación del recurso	Ejecución del contrato	Libre inversión por parte del contratista
	La amortización va acorde con el avance en la ejecución	No depende de la ejecución
Rendimientos (en caso de constitución de fiducia o de patrimonio autónomo)	Los rendimientos pertenecen a la entidad	Los rendimientos pertenecen al contratista
Garantía	El contratista debe constituir la garantía de buen manejo y correcta inversión	El contratista debe constituir la garantía de cumplimiento del contrato
	Es inembargable	Es susceptible de embargo
Contratos	Generalmente en contratos de ejecución sucesiva como los de obra y de suministros	Generalmente en contratos de ejecución instantánea como en los de compraventa
Régimen tributario	No causa impuesto sobre las ventas – IVA al no facturarse	Se factura y por consiguiente hay causación de IVA <sup>3</sup>

## 2. Del control fiscal a la contratación pública

La Ley 80 de 1993 en el artículo 65 modificado por el artículo 4º de la Ley 2160 de 2021 «Por medio del cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007» establece el control fiscal a la contratación pública así:

«Artículo 65. De la intervención de las autoridades que ejercen control fiscal. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales

<sup>3</sup> Concepto 27630 del 22 de noviembre de 2019 - DIAN

El control previo administrativo de los contratos le corresponde a las oficinas de control interno.

Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden.

Lo anterior, sin perjuicio del control preventivo y concomitante ejercido por parte de la Contraloría General de la República. El cual 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 Corte Constitucional en la sentencia C-623 del 25 de agosto de 1999 al resolver la demanda de inconstitucionalidad del artículo 65 de la Ley 80 de 1993, estableció:

«En ejercicio de la potestad que le confiere el constituyente al legislador en el inciso final del artículo 150 de la Carta, se expidió el estatuto general de contratación de la administración pública –ley 80 de 1993-, del cual forma parte la disposición demandada, y en él se establecen los distintos controles a que está sometida la actividad contractual, vr. gr.: el control disciplinario a cargo de la Procuraduría General de la Nación (arts. 62 y 63), el control comunitario o ciudadano (art. 66), el control interno de cada entidad (art. 65) y el control fiscal (art. 65). Además, se reitera la competencia de la Fiscalía General de la Nación para conocer de los hechos punibles relacionados con el proceso de contratación administrativa (art. 64). En el presente caso, la Corte solamente se referirá al control fiscal por ser éste el tema de debate.

En el artículo 65 de la ley 80/93, materia de acusación parcial, se prescribe en el primer inciso, la intervención de las autoridades fiscales “*una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos*”, y el control posterior de las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, con el fin de verificar si éstos se ajustaron a las disposiciones legales. En el segundo inciso se establece que *una vez liquidados o terminados los contratos*, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En el tercero se asigna el control previo administrativo de los contratos a las oficinas de control interno, y en el cuarto se autoriza a las autoridades de control fiscal para exigir informes a los servidores públicos, de cualquier orden, sobre su gestión contractual, siendo el aparte subrayado el que se demanda, por las razones que se resumieron en el acápite III de esta providencia.

Pues bien: el control fiscal sobre la actividad contractual de la administración pública, según la disposición acusada, tiene lugar en dos momentos distintos: 1. *una vez concluidos los trámites administrativos de legalización de los contratos*, es decir, cuando se ha perfeccionado el acuerdo de voluntades, para vigilar la gestión fiscal de la administración y, en general, el cumplimiento de las normas y principios que rigen la contratación estatal. Igualmente, se deberá ejercer control posterior sobre las cuentas y pagos derivados del contrato, y 2. *una vez liquidados o terminados los contratos*, para ejercer un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

Siendo así, es claro que el ejercicio del control fiscal sobre los contratos estatales, comienza desde el mismo momento en que la administración culmina todos los trámites administrativos de legalización de los mismos, es decir, cuando aquéllos han quedado perfeccionados, pues es a partir de allí cuando tales actos nacen a la vida jurídica y, por tanto, es viable el control posterior, como lo ordena la

Constitución. Si se permitiera la intervención de las autoridades fiscales antes del perfeccionamiento del contrato, podría incurrirse en el mismo vicio que el constituyente quiso acabar: la coadministración. Las Contralorías, como ya lo ha expresado la Corte, no pueden “participar en el proceso de contratación. Su función empieza justamente cuando la Administración culmina la suya, esto es, cuando ha adoptado ya sus decisiones”<sup>[4]</sup>, y mucho menos, “interferir ni invadir la órbita de competencias propiamente administrativas ni asumir una responsabilidad coadministradora que la Constitución no ha previsto.”<sup>[5]</sup> (...)

Que el control fiscal se pueda ejercer también sobre los contratos *liquidados o terminados* no viola el Ordenamiento Superior pues, como ya se ha explicado, la función fiscalizadora que el constituyente le ha atribuido a las Contralorías no es sólo la de vigilar la *gestión fiscal* de las entidades públicas y de los particulares que manejan fondos o bienes públicos, en forma *posterior y selectiva*, esto es, cuando los procesos u operaciones respectivos se han ejecutado, sino también evaluar los resultados obtenidos con el gasto o la inversión, como claramente se señala en los artículos 267 y 272, para lo cual deberán aplicarse los procedimientos, métodos y principios que establece la ley (42/93)

El control fiscal sobre los contratos *liquidados o terminados* tiene trascendental importancia ya que permite analizar aspectos como éstos: determinar y calificar el grado de economía y eficiencia con que la administración ha obrado, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, (...). Es deber suyo, además, promover las investigaciones penales y disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado.

**En síntesis: el control fiscal sobre los contratos estatales se ejerce a partir de su perfeccionamiento, durante todo el proceso de ejecución, y después de su liquidación o terminación.**

(...)

La Corte considera que el control fiscal, como todos los demás controles establecidos en la Constitución y la ley, debe ejercerse en forma oportuna, es decir, dentro de plazos prudentes y razonables, para que sea eficaz. La oportunidad está íntimamente ligada con el principio de *eficacia*, consagrado, entre otras disposiciones, en el artículo 2 del Estatuto Supremo como fin esencial del Estado, en los artículos 209 y 343 como objetivo primordial de la función administrativa y de la función pública en general, y en el artículo 268-2 como criterio que gobierna el control fiscal; y con el de *eficiencia*, que rige no sólo la función administrativa, en la que están incluidos los órganos de control, sino que también es principio rector de la gestión pública y del control fiscal (arts. 209, 268-6 C.P.).

El control fiscal *posterior* no es *per se* inoportuno; la oportunidad no se relaciona con la etapa o momento en que según la Constitución éste debe realizarse, sino con el término en el que las autoridades respectivas deben ejercerlo, que necesariamente, ha de ser después de ejecutados los procesos u operaciones objeto de control y antes de que prescriban las acciones fiscales, administrativas, disciplinarias o penales, procedentes según la Constitución y la ley.

Si el control fiscal se rige por los principios de eficacia, eficiencia, transparencia, economía, entre otros, mal podría argüirse que éstos se respetan cuando las autoridades respectivas lo ejecutan en forma extemporánea. La oportunidad es entonces, un elemento consustancial de la actividad misma de control que el Constituyente le ha atribuido a las Contralorías.

No se olvide que la contratación estatal es uno de los más importantes instrumentos con que cuenta la administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, la continua y eficiente prestación

<sup>4</sup> sent. C-113/99 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. (Nota [4] propia de la sentencia)

<sup>5</sup> Ibidem. (Nota [5] propia de la sentencia)

de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y garantías de los asociados. Por estas razones, el control fiscal que se ejerza sobre tales actos debe ser oportuno, célere y eficiente pues allí están comprometidos intereses generales.» (Cursiva y subrayado propios del texto. Resaltamos en negrilla)

Esta Oficina Jurídica en los diferentes conceptos respecto a la vigilancia y control fiscal a la contratación pública, ha sostenido que ella se realiza en tres momentos: i) una vez efectuada su legalización; ii) a cada uno de los pagos efectuados; y iii) una vez terminado y liquidado, tal como lo concluyó en el más reciente concepto 110.005.2026:

«I. El control fiscal posterior y selectivo a la contratación pública es aplicable en tres momentos: i) una vez legalizado el contrato (se efectúa sobre las etapas precontractual y contractual a fin de verificar el cumplimiento de los principios y de la normatividad que rigen la contratación pública); ii) a cada uno de los pagos efectuados (durante la ejecución aplicando un control financiero y de legalidad); y iii) una vez finalizada la ejecución y efectuada la liquidación -de ser procedente- (efectuando un control integral de legalidad, financiero, de gestión y de resultados).»

Otros conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica respecto del control fiscal a la contratación pública son 110.074.2024, 110.066.2024, 110.011.2024, 110.25.2023, 110.07.2023, 110.03.2023, y 110.79.2022, entre otros.

### **3. De las empresas de servicios públicos**

La Ley 142 de 1994 «Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones» define las empresas de servicios públicos, así como las personas que pueden prestarlos, encontrando dentro de ellas a las empresas que tienen en su capital aportes públicos:

«Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley. (...)»

«Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones  
(...)

14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares. (...)»

La Corte Constitucional respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios se ha pronunciado en varias sentencias, entre ellas en la C-736 del 19 de septiembre de 2007, de la que traemos los siguientes apartes:

«4. La naturaleza jurídica de las Empresas de Servicios Públicos.

4.1 La propia Constitución Política en su artículo 365 define que la adecuada prestación de los servicios públicos está vinculada a la finalidad social del Estado, por lo cual a éste corresponde asegurar dicha prestación a todos los habitantes del territorio nacional. La misma norma indica que el régimen jurídico de los servicios públicos será el que fije la ley, y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares, pero que en todo caso, “el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”.

(...)

4.2 Ahora bien, de esta reglamentación constitucional, de manera especial de lo afirmado por el artículo 365 cuando indica que los servicios públicos “*estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares*”, la Corte entiende que el constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial, para responder así a este interés constitucional de someter esta actividad de interés social a un régimen jurídico también especial.

(...)

En desarrollo de este propósito constitucional de revestir de naturaleza y régimen jurídico especial la prestación de los servicios públicos, mediante la Ley 142 de 1994 el Congreso estableció concretamente el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y señaló qué tipo especial de sujetos podrían prestarlos y bajo qué régimen jurídico debían hacerlo. A este respecto, el numeral 1° del artículo 15 de dicha Ley prescribe que pueden prestar esta clase de servicios, entre otras personas, las “*empresas de servicios públicos*”. La misma Ley en su artículo 14 (parcialmente demandado en este proceso) establece las siguientes categorías de “*empresas de servicios públicos*”:

(...)

5.2.3 (...) En especial, la Corte llama la atención en lo relativo a la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, cuyo tenor conviene recordar:

<Transcribe norma>

Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las “*entidades que manejen fondos o bienes de la Nación*”. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las

sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la Empresas de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica.» (Cursiva, negrilla y subrayado propio de la sentencia)

Esta Oficina Jurídica se ha pronunciado respecto de las empresas de servicios públicos en varios conceptos, de los cuales traemos la conclusión dada en el concepto 110.055.2025:

«i. Las empresas de servicios públicos son aquellas personas jurídicas cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, entre ellos los de acueducto, alcantarillado y/o aseo. Estas empresas de acuerdo su composición accionaria, pueden ser: a) oficiales si su capital proviene de la Nación, las entidades territoriales o de entidades públicas descentralizadas de cualquier orden; b) mixtas cuando el 50% o más de su capital proviene de la Nación, de entidades territoriales y/o de entidades públicas descentralizadas; y c) privadas cuando su capital es mayormente de particulares.»

Otros conceptos sobre el tema son: 110.34.2021; 110.76.2021; 110.08.2022; 110.14.2022; 110.86.2022; 110.26.2023; 110.096.2024; 110.005.2025; 110.074.2025.

#### 4. Del control fiscal a las empresas de servicios públicos

En cuanto al control fiscal a las empresas de servicios públicos, la Ley 142 de 1994 determina:

«Artículo 27. Reglas especiales sobre la participación de entidades públicas. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:

(...)

27.4. En las empresas de servicios públicos con aportes oficiales son bienes de la Nación, de las entidades territoriales, o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales bienes, y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales, ~~mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente.~~

El control podrá ser realizado por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos y contratadas previo concepto del Consejo de Estado o del Tribunal Administrativo competente, según se trate de acciones o aportes nacionales o de las entidades territoriales.

(...))»

El aparte tachado de la norma transcrita anteriormente fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-374 del 24 de agosto de 1995, en la que además indicó:

«c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el

cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

(...)

En síntesis, el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (art. 1o., 2o., 103, inciso 3 y 270 de la C.P.).

(...)

Resulta absolutamente claro de los textos constitucionales en referencia, que la vigilancia fiscal es una atribución exclusiva de los organismos de control fiscal. Por consiguiente, y dentro de la regulación prevista en la ley, son éstos los que pueden habilitar a una empresa privada mediante el mecanismo de la contratación para ejercer dicha atribución, y nunca la entidad vigilada o controlada. Si se admitiera que las empresas de servicios públicos con participación oficial pudieran contratar su vigilancia fiscal, ello iría en contra de la filosofía de dicho control, el cual supone que éste se ejerce por organismos externos a la entidad, como son las respectivas contralorías. En otros términos, la Constitución no autoriza el autocontrol fiscal.»

Y en su artículo 50 modificado por el artículo 5º de la Ley 689 de 2001 «Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994» se refiere de manera específica al control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, así:

~~«Artículo 50. Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del estado. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Contralor General de la República expedirá el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, al cual deben someterse las contralorías departamentales, distritales y municipales. El incumplimiento a la sujeción a este reglamento será causal de mala conducta para los contralores departamentales, distritales y municipales. El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. Para el cumplimiento de dicha función, la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.~~

Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios. Por razones de eficiencia, el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente, mediante acto administrativo motivado, expedido con sujeción estricta a los alcances que concede el presente artículo y la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios o accionistas sea de los que están sujetos a su control".

Los apartes tachados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, así: las dos primeras frases del primer inciso mediante sentencia C-290 del 23 de abril de 2002, la última frase del primer inciso y la segunda frase del segundo inciso mediante sentencia C-1191 del 13 de septiembre de 2000.

La frase subrayada del segundo inciso fue declarada condicionalmente exequible mediante sentencia C-290 de 2002 «bajo el entendido que para ejercer el control fiscal las contralorías tienen amplias facultades para examinar la documentación referente a los aportes, actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o socio o respecto de los bienes de propiedad estatal.»

Finalmente, luego de la inexecutableidad de algunos apartes del artículo 50 (modificado) declarada por la Corte Constitucional en las sentencias C-290 de 2002 y C-396 de 2002, su tenor vigente quedó así:

«Artículo 50. Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado. El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista.

Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios.»

La Corte Constitucional, en las sentencias citadas, también resaltó que el control fiscal debe respetar la autonomía privada y la naturaleza empresarial de las compañías de servicios públicos. Sin embargo, aclaró que ese respeto no puede traducirse en una restricción indebida del control fiscal ni en la renuncia del Estado a vigilar la destinación y los resultados del uso de los recursos públicos. En palabras del alto tribunal, el control fiscal debe armonizar la protección del patrimonio público con la garantía de la libre iniciativa privada, asegurando que el ejercicio del control sea técnico, proporcional y orientado a la transparencia y la rendición de cuentas.

Esta Alta Corte en diversas sentencias ha reiterado la procedencia del control fiscal a cualquier entidad o persona jurídica de derecho público o privado que maneje fondos o bienes públicos, tal como lo expresó en la sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007:

«Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita [art. 267 CP] se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las **“entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”**. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la Empresas de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica.» (Negrilla y subrayado propio de la sentencia. Nota entre corchete fuera del texto)

Esta Oficina Jurídica se ha pronunciado en varios conceptos respecto de las empresas de servicios públicos domiciliarios y su control fiscal, de los cuales traemos a colación el concepto 110.070.2025, en el que se anotó:

«Así, el control fiscal sobre las empresas de servicios públicos mixtas o privadas con participación estatal debe ejercerse de forma posterior y selectiva, pero con un alcance integral. Las contralorías no pueden limitarse a verificar los aportes iniciales o los contratos específicos en los que participe el

Estado; deben ejercer control sobre todos los actos, operaciones y decisiones que incidan en el manejo de los bienes y recursos públicos comprometidos en la actividad empresarial. Esto implica que las contralorías deben tener acceso pleno a la información contable, administrativa y operativa necesaria para evaluar la correcta gestión de dichos recursos, sin que pueda oponerse el argumento de la naturaleza privada de la empresa como límite al ejercicio del control fiscal.

En consecuencia, el modelo de control fiscal aplicable a las empresas de servicios públicos con participación estatal es especial, integral y focalizado en los recursos públicos. Se dirige a garantizar que los aportes estatales, las utilidades generadas, las inversiones y los contratos que comprometan fondos públicos sean administrados de manera eficiente y en beneficio del interés general, sin que ello implique interferir en las decisiones comerciales propias del ámbito privado.

No obstante, téngase en cuenta que dicha especialidad es respecto de su alcance, toda vez que la función pública de vigilancia y control fiscal en Colombia es una sola, cuyo desarrollo operativo se materializa a través del ejercicio auditor descrito en la Guía de Auditoría Territorial – GAT Versión 4.0 para las contralorías territoriales, o en las guías de auditoría aplicables a la Contraloría General de la República.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que los contralores en ejercicio de las atribuciones constitucionales establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 268<sup>11-6</sup> concordantes con la disposición del sexto inciso del artículo 272<sup>12-7</sup>, cuentan con plena autonomía para establecer la forma de la rendición de la cuenta por parte de las empresas de servicios públicos con participación estatal así como de la forma en que se realice la revisión de la misma, teniendo como límite solamente la disposición legal del artículo 50 de la Ley 142 de 1993 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el mismo.

(...)

#### 4. Conclusiones

(...)

ii. El control fiscal sobre las empresas de servicios públicos mixtas o privadas con participación estatal debe ejercerse de forma posterior y selectiva, pero con un alcance integral. Las contralorías no pueden limitarse a verificar los aportes iniciales o los contratos específicos en los que participe el Estado; deben ejercer control sobre todos los actos, operaciones y decisiones que incidan en el manejo de los bienes y recursos públicos comprometidos en la actividad empresarial. Esto implica que las contralorías deben tener acceso pleno a la información contable, administrativa y operativa necesaria para evaluar la correcta gestión de dichos recursos, sin que pueda oponerse el argumento de la naturaleza privada de la empresa como límite al ejercicio del control fiscal.

iii) El modelo de control fiscal aplicable a las empresas de servicios públicos con participación estatal es especial, integral y focalizado en los recursos públicos. Se dirige a garantizar que los aportes estatales, las utilidades generadas, las inversiones y los contratos que comprometan fondos públicos

---

<sup>6</sup> «Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

1. Prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse.

2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y de-terminar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

(...)» (Nota 11 propia del concepto)

<sup>7</sup> «Artículo 272. (...)

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.

(...)» (Nota 12 propia del concepto)

sean administrados de manera eficiente y en beneficio del interés general, sin que ello implique interferir en las decisiones comerciales propias del ámbito privado.

- iv) Los contralores cuentan con autonomía para determinar la forma de la rendición de la cuenta por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal, así como de su revisión, atendiendo las disposiciones legales y jurisprudenciales al respecto, sin que ello sea objeto de injerencia por parte de la Auditoría General de la República.»

Además, se pueden consultar los conceptos 110.055.2025, 110.096.2024, 110.061.2024, 110.008.2022, 110.006.2022, 110.034.2021, 110.03.2019 y 110.015.2018, entre otros.

## 5. Del daño patrimonial y la responsabilidad fiscal

La Ley 610 de 2000 «Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías» define el daño patrimonial al estado, 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, ~~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.»<sup>8</sup>

La Corte Constitucional en la sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007 además de declarar la inexecutable de las expresiones tachadas del artículo 6 de la Ley 610 de 2000, respecto del daño, anotó:

«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.

<sup>8</sup> Apartes tachados declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-340 de 2007

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.<sup>[17]</sup><sup>9</sup> 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<sup>[18]</sup><sup>10</sup>, 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.»

Sobre el daño patrimonial la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 16 de marzo de 2017 dentro del Radicado 68001-23-31-000-2010-00706-01 consideró:

«Para la Sala es indispensable que se tenga una certeza absoluta con respecto a la existencia del daño patrimonial, por lo tanto es necesario que la lesión patrimonial se haya ocasionado realmente, esto es, que se trate de un **daño existente, específico y objetivamente verificable, determinado o determinable** y ha manifestado en diferentes oportunidades que la responsabilidad fiscal tiene una finalidad meramente resarcitoria y, por lo tanto, es independiente y autónoma, distinta de la responsabilidad penal o disciplinaria que pueda corresponder por la misma conducta, pues lo que en el proceso de responsabilidad fiscal se discute es el daño patrimonial que se causa a los dineros públicos, por conductas dolosas o culposas atribuibles a un servidor público o persona que maneje dichos dineros, lo que significa que el daño patrimonial debe ser por lo menos cuantificable en el momento en que se declare responsable fiscalmente a una persona.» (Resaltamos en negrilla)

<sup>9</sup> Cfr. Sentencias SU-620 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-840 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería. (Nota [17] propia de la sentencia)

<sup>10</sup> M.P. Jaime Araujo Rentería. (Nota [18] propia de la sentencia)

Esta Oficina Jurídica en el concepto 110.056.2024, respecto del daño al patrimonio público anotó:

«Podemos decir que el daño o detrimento patrimonial es la lesión causada al patrimonio del Estado por el servidor público o particular en ejercicio de la gestión fiscal encomendada; daño que debe ser entre otras, cierto y cuantificable, además debe ser producto de una gestión fiscal contraria dolosa o culposa que afecte el cumplimiento de los cometidos y fines esenciales del Estado;(...)

(...)

4. Conclusiones

(...)

viii. El daño patrimonial es la lesión que le causa al patrimonio público el servidor público o el particular por acción u omisión dolosa o culposa en una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna (...)

Aunado a lo anterior, en el concepto 110.078.2024, se anotó:

«Así, en consideración de este Despacho está claro que, de acuerdo con lo expuesto, el daño antijurídico, es la consecuencia de la realización u omisión de 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.

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.**» (Resaltamos en negrilla)

Respecto del daño patrimonial esta Oficina Jurídica, además de los conceptos anotados anteriormente, se ha pronunciado en otros más, como en los 110.011.2025, 110.034.2024, 110.021.2024, 110.091.2023 y 110.031.2023.

En cuanto a la responsabilidad fiscal, la Ley 610 de 2000, establece:

«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 culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

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

Parágrafo 1º. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.»

La Corte Constitucional en la sentencia C-840 del 09 de agosto de 2001 se pronunció respecto de la responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

«Y la Sala reitera: la responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que **esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley.** Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de éstos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados.» (Resaltamos en negrilla)

Esta Alta Corte en la sentencia C-091 del 10 de marzo de 2022, define con mayor precisión la responsabilidad fiscal así:

«106. En concreto, la responsabilidad fiscal **ha sido definida como una imputación hecha por los órganos de control fiscal, que tiene por objeto examinar la viabilidad de imponer a quien funge como gestor fiscal la obligación de resarcir los daños que, con su proceder, ha ocasionado al patrimonio público**<sup>[47]-11</sup>. Según se sigue de lo anterior, «[e]sta responsabilidad tiene como finalidad o propósito específico la protección y garantía del patrimonio del Estado»<sup>[48]-12</sup>. La índole que le ha sido otorgada en el ordenamiento es de carácter resarcitorio, pues procura, únicamente, conseguir la «reparación de los daños que [el erario] haya podido sufrir como consecuencia de la gestión irregular de quienes tienen a su cargo el manejo de dineros o bienes públicos»<sup>[49]-13</sup>. Carece, entonces, de un carácter sancionatorio, pues la suma dineraria que impone la decisión con responsabilidad fiscal no pretende disciplinar o al sujeto<sup>[50]-14</sup>.» (Resaltamos en negrilla)

En cuanto a la responsabilidad fiscal, este Despacho en el concepto 110.082.2023 se pronunció así:

«Las disposiciones relacionadas son claras al indicar que la responsabilidad fiscal recae sobre las personas que ejercen la gestión fiscal (...)  
(...)»

Ahora bien, de acuerdo con las disposiciones normativas se tiene que, la responsabilidad fiscal se tiene cuando el servidor público o particular que ejerce gestión fiscal, con su actuación produce daño al patrimonio por su gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna

Por lo anterior, será el órgano de control fiscal respectivo quién deberá determinar a las luces de la Constitución, la ley, el reglamento, el manual de funciones y/o el contrato respectivo, en primer lugar, si se trata de un hecho que se enmarca dentro del concepto de gestión fiscal, en segundo término si el servidor público o el contratista ejerce gestión fiscal; en tercer lugar, si su actuación es ejercicio de dicha gestión fiscal o con ocasión a ella; y por último, si con su acción u omisión se afectaron los recursos del Estado puestos bajo su tutela.

<sup>11</sup> Sentencia SU-620 de 1996. (Nota [47] propia de la sentencia)

<sup>12</sup> Sentencia C-557 de 2009. (Nota [48] propia de la sentencia)

<sup>13</sup> *Ibidem*. (Nota [49] propia de la sentencia)

<sup>14</sup> Sentencia C-101 de 2018. En el mismo sentido, Sentencia C-189 de 1998. (Nota [50] propia de la sentencia)

### 3. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, se concluye lo siguiente:

(...)

- iii. La responsabilidad fiscal se establece respecto del servidor público o particular que, en ejercicio de la gestión fiscal, en actuación contraria a los principios de la función administrativa y a la función fiscal, produce daño al patrimonio Estatal por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna.
- iv. Corresponde órgano de control fiscal respectivo de conformidad a la Constitución, la ley, el reglamento, el manual de funciones y/o el contrato respectivo, determinar en cada caso si el hecho generador se enmarca dentro del concepto de gestión fiscal, en segundo término si el servidor público o el contratista ejerce gestión fiscal; en tercer lugar, si su actuación es ejercicio de dicha gestión fiscal o con ocasión a ella; y por último, si con su acción u omisión se afectaron los recursos del Estado puestos bajo su tutela.»

Y de manera sintética en el concepto 110.055.2024, sobre dicha responsabilidad, dijo:

«Se tiene entonces que, la responsabilidad fiscal es aquella que se establece respecto de los servidores públicos o particulares que, en ejercicio de la gestión fiscal asignada, causan daño al patrimonio público.

Otros conceptos de esta Oficina Jurídica respecto de la responsabilidad fiscal son: 110.089.2024, 110.064.2024, 110.035.2024, 110.92.2023, entre otros.

Se tiene entonces que, para hablar de responsabilidad fiscal se debe haber establecido la existencia de un daño o menoscabo al patrimonio público causado de manera dolosa o gravemente culposa por el funcionario o particular que tenga como función la administración, manejo o disposición de los bienes o recursos públicos objeto de dicho daño.

Siendo ello así, para el caso que nos ocupa, la no formalización de la amortización del anticipo otorgado, por sí sola no constituye daño al patrimonio público -en este caso representado en el valor dado como anticipo-, sino que el órgano de control fiscal debe establecer de manera inequívoca que ello causó un daño por su no aplicación a la ejecución del objeto contractual dándosele aplicación diferente a la establecida por la normatividad y jurisprudencia al respecto.

Esta omisión en la formalización de la amortización puede generar otro tipo de responsabilidad como puede ser la disciplinaria por el no acatamiento de las normas contractuales.

### 6. Conclusiones

Con base en el análisis normativo, constitucional y jurisprudencial desarrollado se formulan las siguientes conclusiones orientadas a responder los interrogantes relacionados en la consulta:

- I. El anticipo en la contratación pública es un adelanto, avance o préstamo que la entidad

contratante le hace al contratista con el fin de apalancarlo en la ejecución del contrato logrando su inicio oportuno mediante el cubrimiento de los costos iniciales como pueden ser la adquisición de herramientas o maquinaria, insumos y demás, debiéndose invertir exclusivamente en la ejecución del objeto contractual.

- II. Los dineros del anticipo conservan su calidad de dineros públicos en tanto no se produzca su amortización, por lo cual deberán ser protegidos de manera especial mediante la constitución de la respectiva garantía, así como la constitución de una fiducia o un patrimonio autónomo para los contratos relacionados en el artículo 91 de la Ley 1474 de 2011.
- III. En la contratación pública también es procedente pactar el pago anticipado que es diferente del anticipo. Aquel se puede definir como el pago efectivo de una porción del valor del contrato o el desembolso anticipado de tal valor, el cual, una vez entregado al contratista entra a pertenecerle y por lo tanto puede invertirlo libremente. Respecto del pago anticipado no procede la constitución de garantía pero sí puede haber un control fiscal de legalidad u financiero.
- IV. El control fiscal a la contratación pública opera en tres momentos: 1) una vez legalizado el contrato a fin de verificar el cumplimiento de los principios que rigen la contratación pública, así como de la normatividad específica; 2) a cada una de los pagos efectuados a fin de verificar que ellos estén acordes con las cuentas de ejecución y avance; y 3) una vez finalizada la ejecución y efectuada la liquidación en los casos que sea procedente esta última, aplicando los controles de legalidad -cumplimiento normativo correspondiente-, financiero -referente a las cuentas y pagos efectuados-, de gestión -verificando la oportunidad en el desarrollo contractual- y de resultados -verificando el cumplimiento del objetivo buscado con dicha contratación respecto a los cometidos estatales-.
- V. Al aplicar el control fiscal financiero, se verifica el cumplimiento en la inversión del anticipo, así como su correspondiente amortización al valor del contrato.
- VI. Se considera daño patrimonial al Estado la lesión que se infiere a los recursos o bienes públicos. Este daño conlleva responsabilidad fiscal cuando tal lesión es producida de manera dolosa o gravemente culposa por el funcionario o particular que ejerce gestión fiscal sobre dichos bienes o recursos, entendiéndose por gestión fiscal la función de manejo, administración o disposición de bienes o recursos públicos.
- VII. La no formalización de la amortización del anticipo dado, por sí no constituye daño al patrimonio público, el órgano de control fiscal debe establecer de manera inequívoca que ello causó un daño por su no aplicación a la ejecución del objeto contractual dándosele aplicación diferente a la establecida por la normatividad y jurisprudencia al respecto (lo cual se puede verificar a través de la liquidación del contrato).

Así, al no constituir daño, consecuencialmente no puede generar responsabilidad fiscal.

Esta omisión puede generar otro tipo de sanciones como puede ser de carácter disciplinario.

- VIII. Las empresas de servicios públicos son aquellas personas jurídicas, públicas, privadas o mixtas, cuyo objeto social es la prestación de servicios públicos domiciliarios tales como acueducto, alcantarillado, energía, gas domiciliario y aseo.
- IX. La vigilancia y control fiscal es procedente en las empresas de servicios públicos que tengan participación de recursos públicos, independientemente de su porcentaje. En las empresas de naturaleza mixta, dicho control deberá ser integral, técnico, proporcional, orientado a la transparencia y la rendición de cuentas, respetando siempre la autonomía privada y ejercido sobre todos los actos, operaciones y decisiones que incidan o comprometan los bienes y recursos públicos, para lo cual los contralores cuentan con autonomía para determinar la forma de rendición de la cuenta por parte de estas empresas y la forma de su revisión.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que 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 «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'**» (Resaltamos en negrilla)

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <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 Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 (Agua) de Bogotá o a los correos electrónicos [juridica@auditoria.gov.co](mailto:juridica@auditoria.gov.co) y [fljimenez@auditoria.gov.co](mailto:fljimenez@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](http://www.auditoria.gov.co) ingresando por el botón «SIA», seleccionar la opción «SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO», luego, seleccionar el botón «Encuesta de Satisfacción» e ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 682f3439. También puede consultar su solicitud en el botón «Consultar Solicitud» ingresando igualmente el

mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,

**CARMEN ANDREA FÚNEME GONZÁLEZ**

Directora Oficina Jurídica

Firmado electrónicamente

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	<b>NOMBRE Y CARGO</b>
<b>Proyectado por:</b>	Fabio Luis Jiménez Castro – Profesional Especializado Grado 4
<b>Revisado por:</b>	Carmen Andrea Fúneme González – Directora Oficina Jurídica
<b>Aprobado por:</b>	Carmen Andrea Fúneme González – Directora Oficina Jurídica
<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>	