

80112 – EE91768

Bogotá, D.C., diciembre 01 de 2011.

Señora

DANIELA BETANCOURT

danielabetancourt58@hotmail.com

Asunto: Control directo sobre sociedades – Contraloría
General de la República.

Respetada Señora:

1. ANTECEDENTE

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República recibió solicitud de concepto jurídico con el radicado No. 2011IE63348 del 19 de octubre de 2011, en la que se solicita se conceptúe sobre la competencia de la Contraloría General de la República para vigilar, mediante control indirecto, sociedades.

2. NORMATIVIDAD APLICABLE

- Carta Política.
- Ley 43 de 1993
- Sentencia C-529 de 2006. Corte Constitucional.
- Sentencia C-065 de 1997. Corte Constitucional.
- Concepto IE63156 del 18 de diciembre de 2009. Contraloría General de la República.

3. CONSIDERACION

La Carta Política, estableció en su artículo 267, que es función de la Contraloría General de la República, el ejercicio del control fiscal, entendido este último como una función pública, por medio de la cual se ejerce la vigilancia de la gestión fiscal

de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

De la misma forma, la Carta Política, otorgó la facultad al Contralor General para exigir informes sobre su gestión fiscal a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación.¹

Que la Ley 42 de 1993 determinó en su artículo 2° que son sujetos de control fiscal los órganos que integran las Ramas Legislativa y Judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las Sociedades de Economía Mixta, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos, y el Banco de la República.

Así mismo el artículo 21 de la Ley 42 de 1993 indicó que *“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.

PAR. 1° 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” (subraya fuera de texto).

Respecto de los recursos públicos versus la naturaleza jurídica de la entidad a la cual se transfieren, la Corte Constitucional se refirió e indicó lo siguiente:

“El control fiscal, en cuanto instrumento adecuado para garantizar la correspondencia entre gasto público y cumplimiento de los fines legítimos del Estado, tiene un reconocimiento constitucional de amplio espectro. En este sentido, es la utilización de los recursos públicos la premisa que justifica, por sí sola, la obligatoriedad de la vigilancia estatal. Por lo tanto, aspectos tales como la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate, sus objetivos o la índole de sus actividades, carecen de un alcance tal que pueda cuestionar el ejercicio de la función pública de control fiscal. Adicionalmente, debe advertirse que el cumplimiento del principio de eficiencia del control fiscal lleva a concluir que toda medida legislativa que a partir de restricciones injustificadas e irrazonables, impida el ejercicio integral de la vigilancia estatal de los recursos, esto es, los controles

¹ Artículo 268 Numeral 4.

financiero, legal, de gestión y de resultados, es contraria a los postulados constitucionales. En efecto, los argumentos precedentes demuestran que las disposiciones de la Carta Política que regulan el control fiscal pretenden asegurar el nivel más amplio de vigilancia del uso de los fondos y bienes de la Nación. Esta concepción, además, es consecuente con un modelo de Estado constitucional que, como sucede en el caso colombiano, está interesado en la protección del interés general y el cumplimiento cierto de los deberes del aparato estatal.

(...)

La razón por la cual el legislador adscribe a las sociedades de economía mixta al sector descentralizado y les confiere, correlativamente, el carácter de organismos vinculados a la administración pública, es la participación estatal en la conformación del patrimonio social. Por tanto, en la medida en que ese aporte confiere a la sociedad de economía mixta un particular régimen jurídico, que la incorpora al Estado y le otorga la condición de instrumento para la consecución de sus fines, el control fiscal sobre la entidad no sólo es legítimo, sino constitucionalmente obligatorio.”²

“...el Legislador entendió por participación la entrega de fondos o bienes para conformar el capital de una persona jurídica, de suerte que en tales eventos el Estado se convierte en socio de la entidad, mientras que debe entenderse por aporte cualquier otro tipo de entrega que no tenga por objeto la constitución misma del patrimonio de la entidad. Esta interpretación -que coincide con la de uno los intervinientes y con la Vista Fiscal- podría además apoyarse en el lenguaje utilizado por el legislador en otras leyes. Así por ejemplo, el artículo 177 de la Ley 115 de 1994 o Ley general de educación, cuando se refiere a la cofinanciación de los gastos de educación, entiende que ésta se lleva a cabo por la suma de los aportes de distintas procedencias. Finalmente, destaca la Corte, esta interpretación es la que le da sentido a la norma demandada, toda vez que ella dispone que en el caso de las “participaciones”, el control fiscal se llevará a cabo según lo previsto para el control fiscal de las sociedades de economía mixta, en la cuales los dineros entregados por el Estado corresponden al concepto de participación puesto que se integran al capital social.

(...) por participación se debe entender la entrega de dineros u otros recursos que el Estado efectúa para integrar el capital social y para convertirse en socio de una entidad, mientras que el término aporte hace referencia a aquellas entregas de dineros o recursos estatales que no entran a formar el capital social sino que se efectúan para el cumplimiento de un proyecto o programa específico, es decir de un contrato.

(...) Así, una entidad que recibe aportes pero no participaciones -esto es, donde el Estado entrega recursos para proyectos pero no se convierte en asociado- queda, en general, sometida a una vigilancia fiscal sobre un contrato. En cambio, las entidades que reciben participaciones y en donde el Estado es miembro, se caracterizan porque la vigilancia fiscal se ejerce de manera directa sobre la entidad.”³

² Sentencia C -529 de 2006.

³ Sentencia C-065 de 1997.

“La Contraloría General de la República en la Resolución Orgánica No. 5870 del 11 de Julio de 2007 sintetizando lo concluido por la Corte Constitucional en Sentencias C-065 de 1997, C-043 de 1999 expuso que i) existe una diferencia de control fiscal en los aportes y las participaciones que hace el Estado, si se trata de aportes donde el Estado no se convierte en socio, la vigilancia fiscal se hará sobre el Contrato, y si se trata de participaciones donde el Estado es miembro la vigilancia se ejerce de manera directa sobre la entidad; ii) existe un control concurrente del nivel nacional con el nivel regional y local, sobre los recursos que provienen de los ingresos de la Nación, siendo el resultado de una necesaria coordinación que debe existir entre los diferentes niveles de la administración, sin que por ello exista una exclusión o intromisión del nivel nacional en la administración territorial y iii) existe prevalencia del control fiscal por la Contraloría General de la República en los recursos de origen nacional para garantizar el adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación.

En la misma Resolución Orgánica No. 5870 de 2007 la Contraloría General de la República consideró “Que las entidades o particulares de carácter privado que manejen fondos o bienes de la Nación, que estén sujetos a la órbita de competencia del ejercicio del control fiscal, serán incluidos dentro del campo de aplicación y de sectorización de la Contraloría General de la República”⁴(Subraya fuera de texto).

4. CONCLUSIÓN

Así las cosas, este Despacho ratifica la posición tomada en el concepto IE63156 del 18 de diciembre de 2009, en el cual esta Oficina Jurídica concluyó que “De conformidad con la citada Sentencia⁵, cuando el Estado entrega a una persona jurídica fondos o bienes para conformar su capital, convirtiéndose en socio de la entidad, se habla de participaciones, evento en el cual el control fiscal a las “participaciones”, se llevará a cabo de manera directa sobre toda la entidad y no sólo sobre el aporte estatal por cuanto lo que recibe la persona jurídica son recursos de un socio que integrarán su capital.”

En anterior concepto, la Oficina Jurídica diferenció el control fiscal de los aportes y las participaciones, concluyendo que si se tratan de aportes donde el Estado no se convierte en socio, la vigilancia fiscal se hará sobre el contrato, caso contrario, si se trata de participaciones donde el Estado es miembro, la vigilancia fiscal se ejercerá de manera directa sobre la entidad.⁶

⁴ Concepto IE12995 del 07 de abril de 2008 Contraloría General de la República.

⁵ Sentencia C-065 de 1997 Corte Constitucional.

⁶ Concepto IE12995 del 07 de abril de 2008. Contraloría General de la República.

“En efecto, los argumentos precedentes demuestran que las disposiciones de la Carta Política que regulan el control fiscal pretenden asegurar el nivel más amplio de vigilancia del uso de los fondos y bienes de la Nación”.⁷

De acuerdo a lo anterior queda claro que la Contraloría General de la República puede ejercer control fiscal directo sobre las sociedades en cuyo capital haya participación de recursos públicos de la Nación.

Por último, le informamos que Usted puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace normatividad - conceptos de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>.

Cordialmente,

RAFAEL ENRIQUE ROMERO CRUZ
Director Oficina Jurídica.

Proyectó: Juan Camilo González Cuenca. Abogado
Revisó: Juan Carlos Luna Rosero. Coordinador de Gestión
Radicado: 2011IE63348

⁷ Ibídem.