

CONTROL FISCAL - Competencia. Sociedades públicas, de economía mixta y empresas de servicios públicos domiciliarios de capital público o mixto / SOCIEDAD PUBLICA - Contraloría competente para ejercer control fiscal. Marco legal / SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Contraloría competente para ejercer control fiscal. Marco legal / EMPRESA DE SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO - Contraloría competente para ejercer control fiscal. Marco legal

La competencia para el ejercicio del control fiscal y la eventual determinación de responsabilidades con referencia a la gestión de las empresas y sociedades en las cuales participa la Nación con otras entidades territoriales, está radicada por el Decreto Ley 267 del 2000 en la Contraloría General de la República como prevalente, salvo que en los estatutos sociales se defina que la sociedad se integra a la administración pública de alguna de las entidades territoriales. En las empresas y sociedades en las que participan entidades de varios niveles territoriales pero sin la Nación, y el desarrollo del objeto social se lleva a cabo exclusivamente en la jurisdicción territorial de una de ellas, el control fiscal lo debe ejercer la contraloría en el ámbito territorial de ejecución de sus actividades. Si el objeto social lo desempeña en todo el territorio nacional, el control fiscal lo ejerce la contraloría territorial del domicilio de la sociedad. Este control se hace sobre la gestión fiscal de la sociedad, y por ende incluye los eventuales procesos de responsabilidad. La mayor participación accionaria, por si misma, no tiene efectos respecto de la competencia para la vigilancia de la gestión fiscal. Puede ocurrir que esa mayor participación sea determinante para que los socios fijen en sus estatutos el domicilio social o definan su integración a una determinada administración pública.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio de 28 de octubre de 2005.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá, D. C., agosto treinta y uno (31) de dos mil cinco (2005)

Radicación número: 1662

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Referencia: Control Fiscal en sociedades públicas, de economía mixta y empresas de servicios públicos domiciliarios de capital público o mixto.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, atendiendo una solicitud de la Contralora General de Medellín, solicita el pronunciamiento de esta Sala sobre “la competencia para el ejercicio del control y vigilancia de la gestión fiscal de las empresas de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios y sociedades anónimas, o cualquier otro tipo de sociedad en la cual existe participación de dos o más entidades públicas del nivel territorial”, para lo cual formula las siguientes preguntas:

- *“¿Quién tiene la competencia para ejercer la vigilancia y control fiscal y determinar la responsabilidad fiscal que se derive de una indebida gestión fiscal en el caso de las empresas y sociedades donde tienen participación accionaria dos o más entidades del orden distrital o municipal o dos o más entidades territoriales del orden distrital o municipal y la Nación?”*
- *“¿La competencia de las contralorías para el ejercicio de la vigilancia y control fiscal y para señalar las responsabilidades fiscales de quienes administran bienes o recursos públicos, puede ser determinada de acuerdo al mayor o menor porcentaje accionario de la entidad territorial correspondiente o de conformidad con el domicilio o asiento principal de los negocios? ¿Quién la determina?”*
- *“¿Puede existir de conformidad con el principio Constitucional de Colaboración armónica entre las distintas entidades públicas, convenios interadministrativos para entregarle una Contraloría a otra el ejercicio de control y vigilancia de la gestión fiscal y determinación de responsabilidad fiscal de quienes administran bienes o recursos públicos, previo el trámite procesal regulado en la Ley 610 de 2000?”*
- *“¿El control fiscal en este tipo de sociedades o asociaciones con participación social de varias entidades del nivel territorial, puede ser ejercido en forma concurrente por las contralorías que vigilan fiscalmente a cada una de ellas? De ser afirmativa esta premisa ¿Cómo debe entenderse? ¿Cada una obtiene resultados aplicables al porcentaje de participación? o ¿debe entenderse que dichos resultados se aplican en forma integral toda vez que el control fiscal es integral?”*

Bajo el título “ANTECEDENTES”, la consulta se refiere a COLOMBIA MOVIL S.A. ESP., constituida en enero del 2003 como sociedad comercial por acciones denominada COLOMBIA MOVIL S.A., y reformada en febrero del mismo año para estructurarla como empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, cuyo objeto social es prestar y comercializar servicios de comunicación PCS en Colombia y en el exterior y telefonía básica conmutada en las localidades que defina el Ministerio de Comunicaciones, con sujeción a la Ley 142 de 1994; tres de sus accionistas participan en el 0.00001% del capital social y los otros dos, E.P.M. ESP y E.T.B. S.A. ESP, tienen cada uno el 49.99999%; E.T.B. tiene, a su vez, un “porcentaje mínimo de capital privado”; el asiento principal de los negocios de esa sociedad está en Bogotá.

El control fiscal de la sociedad fue ejercido por la Contraloría Distrital de Bogotá, con base en el artículo 31 de la Resolución 05472 del 2003, proferida por el Contralor General de la República, que tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios lo radicaba en “el ente fiscal que corresponda a la entidad con mayor participación accionaria, trátase del orden nacional, departamental, distrital o municipal”; también preveía que en caso de participación igualitaria primaría la contraloría del ente territorial de mayor jerarquía, y que si todos los accionistas fueren del mismo nivel territorial, el control fiscal se ejercería por la contraloría con jurisdicción en la sede principal de la empresa. El acto administrativo en comento fue derogado por la Resolución 05544 del mismo año 2003, que sólo regula lo referente a entidades con participación de la Nación, por lo cual se plantea como “problema jurídico” el vacío normativo en relación con las empresas de economía mixta conformadas por “entes territoriales distintos de la Nación”.

Afirma la consulta que “ni la Constitución ni la Ley 42 de 1993 ni la Jurisprudencia se ocupan de regular o aclarar lo pertinente a la competencia para ejercer el control fiscal sobre las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios constituidas entre diferentes entidades públicas” o sobre las Empresas de Economía Mixta o Empresas con participación de entidades públicas de los órdenes nacional y/ o territorial.

Da cuenta también de que la Contraloría General de la República, a través de su Oficina Asesora Jurídica recomendó “un mecanismo de coordinación adecuado” para que la Contraloría Distrital y la Contraloría Municipal “confluyan en el cumplimiento de su función fiscalizadora” dada la participación igualitaria de ETB y EPM en el capital social de Colombia Móvil S.A. E.S.P; que actualmente la Contraloría Distrital de Bogotá sigue ejerciendo el control fiscal con la manifestación expresa de que “su accionar tiene el límite legal de recuperar los recursos de Bogotá, que es dueña del 50 por ciento de OLA a través de la ETB”; y que la Contraloría General de Medellín sostiene que no puede someterse a una empresa “a la vigilancia y control de su gestión fiscal por parte de dos o más contralorías por el hecho de tener la misma participación accionaria” porque ello perturba la gestión administrativa de la Empresa y eleva sus costos, y que tampoco aplica la “delegación de funciones de una entidad de control a otra”, pues se trata de competencias constitucionales y legales de las que no es posible desprenderse sin autorización legal, y la Ley 42 de 1993 sólo autoriza la contratación de la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas pero no la determinación de responsabilidades fiscales.

Las consideraciones de la Sala:

Advierte la Sala que si bien los antecedentes atañen expresa y extensamente a COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, sin aportes nacionales, según informa la consulta, las preguntas formuladas se refieren genéricamente a empresas o sociedades conformadas por entidades estatales de diferente nivel territorial, con o sin participación de la Nación. Por ello, este concepto abordará el tema del ejercicio de la función pública de control fiscal en las entidades de naturaleza societaria en general.

1. La función pública de control fiscal

1.1. En la Constitución Política

Los artículos 267 y 272 de la Constitución Política definen y estructuran el control fiscal como *una función pública de vigilancia sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares cuando manejan o administran bienes públicos*. Las normas en cita fijan la competencia de su ejercicio en la Contraloría General de la República y en las contralorías departamentales, distritales y municipales, en los siguientes términos:

Artículo 267, inciso primero: *“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.”*

Artículo 272, incisos primero y segundo: *“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. / La de los*

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

Destaca la Sala que mientras la competencia de la Contraloría General está dada con referencia a los bienes objeto de la vigilancia fiscal en tanto sean de la Nación, la competencia de las contralorías territoriales está referida al sujeto pasivo de la función fiscal, esto es la entidad territorial, y además está circunscrita al ámbito de su jurisdicción, en las voces del artículo 272, inciso sexto, ibídem, así:

“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 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.” (Subraya la Sala).

La Sala encuentra útil acudir a la interpretación gramatical de los vocablos *jurisdicción* y *ámbito* para dilucidar su significado en el contexto de la norma constitucional. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, jurisdicción tiene como acepciones: “Poder o autoridad que tiene uno para gobernar y poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en un juicio. / Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal. / Autoridad, poder o dominio sobre otro”. Ámbito es: “Contorno o perímetro de un espacio o lugar / Espacio comprendido dentro de límites determinados.” Elemento común de los dos vocablos es el territorio que corresponde a la “porción de la superficie terrestre perteneciente a una nación, región, provincia, etc.”; Vale decir que, armonizando los dos incisos en comento del artículo 272, la expresión “el ámbito de su jurisdicción” alude a una potestad pública cuyo ejercicio se delimita con referencia a un territorio.

Entonces, el límite territorial de un departamento, distrito o municipio, que corresponde a la división general del territorio del Estado, según los artículos 285 y 286 constitucionales, es también el espacio físico dentro del cual ejerce vigilancia fiscal una contraloría departamental, distrital o municipal.

A lo anterior, la Constitución adiciona dos elementos:

- que en los municipios puede no haber contralorías y entonces la vigilancia de la gestión fiscal incumbe a la contraloría departamental, salvo lo que la ley determine (art. 272, incisos primero y segundo);
- que la Contraloría General de la República puede ejercer control posterior sobre cuentas de una entidad territorial, pero sólo “en los casos excepcionales, previstos por la ley” (art. 267, parte final del inciso tercero.)

De los artículos 267, inciso cuarto, y 272, inciso tercero, también cabe destacar:

- a) En cuanto a los órganos que ejercen el control fiscal: en armonía con el artículo 113, la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales son definidas como órganos independientes de las Ramas Legislativa, Ejecutiva y Judicial y de los demás órganos y entidades de creación constitucional o legal; su carácter es técnico; y gozan de autonomía administrativa y presupuestal.
- b) En cuanto a la función: el control fiscal es posterior y selectivo e incluye “el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la

eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”.

1.2. El ejercicio del control fiscal en la ley:

La Ley 330 de 1996¹ respecto de las contralorías departamentales y la Ley 136 de 1994², reformada, entre otras por la Ley 617 del 2000, en cuanto a las contralorías distritales y municipales, reiteran el carácter técnico y la autonomía presupuestal y administrativa; la atribución de las respectivas asambleas y concejos, de establecerlas y organizarlas; las condiciones, designación y funciones del contralor; el ejercicio del control fiscal, etc., siempre en relación con la respectiva entidad territorial.

La Ley 42 de 1993³, organiza el “sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”. En el artículo 1o. señala que *comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos jurídicos aplicables.*

Los artículos 2º y 3º de la misma relacionan los *sujetos* del control fiscal así: el artículo segundo trata de “la administración nacional”, entendiendo para el efecto a los órganos que integran las tres ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los creados por la Constitución y la ley con régimen especial, las entidades descentralizadas, 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; el artículo tercero preceptúa que en el orden territorial son sujetos de control fiscal “los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior”.

En el artículo 4º define el control fiscal, en esta forma:

*“El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles. / Este será ejercido en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, conforme a los procedimientos, sistemas, y principios que se establecen en la presente Ley.”*⁴

En el artículo 49 expresamente señala que la competencia de la Contraloría General de la República está referida a “los fondos o bienes de la Nación”, cualquiera sea la persona pública o particular que los maneje⁵. El artículo 65

¹ Ley 330 de 1996 (diciembre 11), “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales.” Diario Oficial No. 42.938, 12 diciembre/ 96.

² Ley 136 de 1994 (junio 2) “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.” Diario Oficial No. 41.377, 2 junio /94.

³ Diario Oficial No. 40.732, del 27 de enero de 1993.

⁴ Versión que corresponde a las decisiones contenidas en las Sentencias C-320-94 (14 de julio), M.P. Fabio Morón Díaz y C-534-93 (11 de noviembre) M.P. Fabio Morón Díaz, que declararon inexequibles las expresiones “los auditores, las auditorías y las revisorías fiscales de las empresas públicas municipales”, incluidas en el texto original.

⁵ Artículo 49. La Contraloría General de la República vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Excepcionalmente y de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la presente Ley, ejercerá control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial.

reitera que las contralorías departamentales, distritales y municipales “realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción”.

Así mismo, el artículo 5º del Decreto Ley 267 de 2000⁶ y la Ley 136 de 1994, en el artículo 165, parágrafo 2º, se refieren a las competencias de la Contraloría General de la República y de las contralorías territoriales, estableciendo:

Decreto ley 267 de 2000. “Artículo 5. *Funciones. Para el cumplimiento de su misión y de sus objetivos, en desarrollo de las disposiciones consagradas en la Constitución Política, le corresponde a la Contraloría General de la República: “(…)”* 6. Ejercer de forma prevalente y en coordinación con las contralorías territoriales, la vigilancia sobre la gestión fiscal y los resultados de la administración y manejo de los recursos nacionales que se transfieran a cualquier título a las entidades territoriales de conformidad con las disposiciones legales.” (Subraya la Sala).

Ley 136 de 1994, artículo 165: “*Atribuciones. Los contralores distritales y municipales, tendrán, además de lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política, las siguientes atribuciones: “(…)”* PARAGRAFO 2o. *Las contralorías municipales podrán celebrar convenios con la Contraloría General de la República y con la correspondiente contraloría departamental, a efecto de ejercer el control fiscal de las entidades o dependencias nacionales o departamentales que cumplan actividades dentro del municipio.*”

La interpretación armónica de las disposiciones legales en comento con los artículos constitucionales 267 y 272, permite concluir que siempre que se trate de bienes de la Nación, la vigilancia fiscal es de competencia de la Contraloría General de la República, sea que su administración y manejo se realice por organismos y entidades nacionales o sea que se realice por entidades territoriales. En este último caso, la Sentencia C-127-02⁷ al declarar exequible el control prevalente que la norma transcrita consagra, analiza que la autonomía constitucional de los órganos de control fiscal daría lugar a un control concurrente del nivel nacional con el nivel regional y local sobre los recursos de la Nación que se transfieren a las entidades territoriales, pero que precisamente esa dificultad se resuelve cuando la norma en comento establece la competencia prevalente de la Contraloría General.

Se tiene entonces que la competencia de las contralorías territoriales, determinada constitucionalmente por la “jurisdicción”, queda fijada respecto de las entidades que integran la estructura central y descentralizada de la administración del departamento, distrito o municipio que delimita territorialmente esa jurisdicción, y respecto de los bienes de esas mismas entidades.

El contenido y el alcance de la función de control fiscal se desarrollan en las Leyes 42 de 1993 y 610 de 2000⁸. La primera de las mencionadas define el “control posterior” de que trata el artículo 267 constitucional y sus principios, así:

⁶ Decreto Ley 267 de 2000. “por el cual se dictan normas sobre la 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”.

⁷ Sentencia C-127-02, Exp. D-3660, Norma demandada: art.5º, num.6º, Decreto ley 267/00, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸ Ley 610 de 2000 (agosto 15), Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Diario Oficial No. 44.133, agosto 18/00.

“Artículo 5º: Para efecto del artículo 267 de la Constitución Nacional se entiende por control posterior la vigilancia de las actividades, operaciones y procesos ejecutados por los sujetos de control y de los resultados obtenidos por los mismos. Por control selectivo se entiende la elección mediante un procedimiento técnico de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades para obtener conclusiones sobre el universo respectivo en el desarrollo del control fiscal. / Para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar las diligencias que consideren pertinentes.”

“Artículo 8º: La vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita determinar en la administración, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales y cuantificar el impacto por el uso o deterioro de los recursos naturales y el medio ambiente y evaluar la gestión de protección, conservación, uso y explotación de los mismos. / La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta sobre el manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración.”

Por su parte, la Ley 610 de 2000, que modificó la Ley 42 de 1993 particularmente en cuanto al trámite de los procesos de responsabilidad fiscal, define en su artículo 3º la “gestión fiscal”, en los siguientes términos:

Artículo 3º: “Gestión Fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”

Como puede concluirse con la lectura de los textos legales transcritos, el control fiscal involucra todos los aspectos de la actividad de los sujetos del control; de donde surge su característica de ser integral.

2. El control fiscal en las entidades objeto de la consulta:

Las preguntas formuladas a la Sala se refieren a empresas o sociedades donde tienen participación accionaria dos o más entidades territoriales del orden distrital o municipal o dos o más entidades territoriales del orden distrital o municipal y la Nación.

Las entidades mencionadas, actualmente están reguladas por la Ley 489 de 1998⁹, en parte en el Capítulo XIII, referente a las entidades descentralizadas, entre las cuales se incluyen las sociedades públicas, las sociedades de economía mixta, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio¹⁰; y también en el Capítulo XIV, dedicado a las sociedades de economía mixta.

En particular los artículos 94, 95 y 96 de la Ley 489 de 1998 estructuran, en el nivel nacional, las entidades que se creen o constituyan con la participación de la Nación, las entidades territoriales, las entidades descentralizadas, asociadas entre ellas o con particulares; igualmente aplican al nivel territorial, según lo dispone el párrafo primero del artículo 68¹¹ de la Ley en comento. Ellas son:

a) Las sociedades públicas creadas con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre éstas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales; que se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación y en el Código de Comercio;

b) Las sociedades de economía mixta (artículo 97), que se constituyen *bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado*, para desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, con sujeción al derecho privado salvo las excepciones que consagre la ley; o al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado cuando el aporte estatal sea igual o superior al 90% del capital social.

c) Las filiales de las empresas industriales y comerciales, que surgen cuando *la participación de la empresa industrial y comercial es superior al 50% del capital*

⁹ Ley 489 de 1998 (diciembre 29), “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.” Publicada en el Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. Artículo 121: “Vigencia y derogatorias. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Decretos-leyes 1050 de 1968, 3130 de 1968 y 130 de 1976.”

¹⁰ Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. / Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos. / Los organismos y entidades descentralizados, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley. / Par. 1º. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial. / Par.2º. Los organismos o entidades del Sector Descentralizado que tengan como objetivo desarrollar actividades científicas y tecnológicas, se sujetarán a la Legislación de Ciencia y Tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional. / Par. 3º. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica a las corporaciones civiles sin ánimo de lucro de derecho privado, vinculadas al Ministerio del Medio Ambiente, creadas por la Ley 99 de 1993.”

¹¹ Ley 489/98, Art. 68, Párrafo 1º: “De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.”

total; el artículo 94 establece que si en ellas participa más de una empresa industrial y comercial, entidad territorial u otra entidad descentralizada, deberán organizarse como *sociedad comercial de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio*; el régimen jurídico de sus actos, contratos, relaciones laborales y relaciones con terceros es el de las normas de derecho privado, *en especial las propias de las empresas y sociedades previstas en el Código de Comercio y legislación complementaria*.

d) Las filiales creadas con participación de particulares, que se rigen por las normas de la Ley 489 de 1998 referentes a las sociedades de economía mixta.

e) Si bien las preguntas de la consulta no se refieren a ellas, de los antecedentes citados se debe incluir también las empresas de servicios públicos mixtas, reguladas por el artículo 14.6 de la ley 142 de 1994, como aquella “en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”

Las entidades reseñadas integran la administración pública, (artículo 39 de la ley 489 de 1998) y como tal, cumplen cometidos estatales, aún si éstos son de naturaleza industrial, comercial o de gestión económica, y se encuentren sometidos al derecho privado.

De esta panorámica construida para los solos efectos de este concepto, se desprenden dos proposiciones de especial importancia, a saber: que las entidades citadas forman parte de la administración pública y por este sólo hecho son sujetos del control fiscal, y que, al menos una parte de su capital está conformado por fondos públicos, por lo que también por este motivo son sujetos del control fiscal. Como el control es integral, según se expuso antes, el problema sometido a estudio de la Sala puede resumirse en esta pregunta: ¿la determinación de la Contraloría competente para vigilar estas sociedades, debe hacerse: siguiendo el criterio de la administración pública en la que se insertan, o bien siguiendo el criterio del propietario del capital?

La respuesta debe partir de dos reglas jurídicas tradicionales en la legislación colombiana en cuanto a las personas jurídicas. La primera, contenida en el artículo 637¹² del Código Civil, según el cual “lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen”; la segunda, consagrada en el artículo 98, inciso segundo del Código de Comercio: “La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”

La sociedad como persona jurídica, es sujeto del control fiscal, sin consideración a la ubicación que en la administración tengan las personas públicas que se han asociado y aportado el capital, dado que tiene un patrimonio autónomo y es un sujeto de derechos y obligaciones diferente de sus socios. Como se expuso, esta

¹² Código Civil, Art. 637: “Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación. / Sin embargo, los miembros pueden, expresándolo, obligarse en particular, al mismo tiempo que la corporación se obliga colectivamente; y la responsabilidad de los miembros será entonces solidaria si se estipula expresamente la solidaridad. / Pero la responsabilidad no se extiende a los herederos, sino cuando los miembros de la corporación los hayan obligado expresamente.

persona pública hace parte de una determinada administración, sea de la nacional, de una departamental o municipal. En caso de participar entes de diferentes niveles territoriales, en los estatutos debe definirse aquel en el que se encuentra la sociedad.

El titular del control fiscal es el órgano que tiene competencia sobre las entidades que conforman la correspondiente administración pública en que se inserta la sociedad, esto es la Contraloría General de la República sobre la administración nacional, las Contralorías Departamentales sobre las entidades de este orden y así sucesivamente. La regla de competencia general es entonces la de la integración a la administración pública según el orden al que pertenezca la respectiva sociedad, independientemente de la entidad propietaria de la mayoría del capital. Puede darse el caso, al menos en teoría, que en una sociedad de capital público éste pertenezca mayoritariamente a la Nación o a un Departamento, pero que la misma preste un servicio del orden municipal y por ende se integre a ésta administración y así se consigne en sus estatutos, caso en el cual le correspondería a esta contraloría la vigilancia sobre dicha sociedad.

Cuando hay capital de la Nación, la Contraloría General de la República puede ejercer su control prevalente ya referido, excepcionando así la regla general que se acaba de mencionar. (Artículo 5º numeral 6º, del decreto ley 267 del 2000).

El problema se presenta en aquellas sociedades que, de acuerdo con los actos que autorizan su creación, están constituidas para desarrollar el objeto social por fuera del ámbito territorial de las correspondientes entidades socias y por tanto de sus contralorías, como sucede con las empresas de servicios públicos domiciliarios, en las que, la prestación de los servicios se puede hacer a nivel nacional.

En éste último caso, y dejando a salvo la posibilidad del control prevalente por parte de la Contraloría General de la República, le corresponde el control fiscal a la contraloría del domicilio principal de los negocios de la sociedad pública o mixta, de mayor jerarquía entre las entidades socias, por las razones que se exponen enseguida.

El domicilio como atributo de la persona, permite situarla para efectos del ejercicio de sus derechos y obligaciones, estando obligada a cumplir en ese lugar las múltiples cargas tanto privadas como públicas previstas en las leyes. A manera de ejemplo, se citan las cargas propias de las obligaciones tributarias, pues la persona jurídica debe inscribirse en el RUT, presentar sus declaraciones, etc., en el lugar de su domicilio, igualmente se debe inscribir en el registro de comercio de este mismo sitio, puede ser demandada judicialmente allí, etc.

Así mismo, las contralorías territoriales tienen definido su campo de acción por el *ámbito de su jurisdicción* según el artículo 272 de la Constitución Política antes transcrito, el cual abarca no sólo las entidades que conforman la administración pública a su nivel, sino aquellas en las que participen cuyo domicilio se encuentre en su jurisdicción. Obviamente no ejercerán su vigilancia sobre aquellas sociedades que ejerzan su objeto más allá del territorio y tengan su domicilio en otro lugar.

Como el objeto que desarrollan estas sociedades no está vinculado exclusivamente con la población o usuarios de la jurisdicción territorial en que el resto de la administración pública tiene competencia, para efectos del control fiscal se debe seguir la regla del domicilio principal de sus negocios, dada la

imposibilidad de vincular el ejercicio de sus funciones con uno o varios de sus socios en particular.

Antes de concluir, vale la pena hacer dos aclaraciones: La primera, que al distinguir entre la sociedad y sus socios y que éstos no son propietarios del patrimonio de aquella, éstos tienen en su haber los derechos representativos del capital denominados acciones o cuotas partes de interés social, bienes que conforman su activo patrimonial, por lo que sobre ellos se puede ejercer una gestión fiscal que debe ser controlada por el órgano que ejerza esta vigilancia sobre la entidad socia.

La segunda aclaración consiste en la interpretación del numeral 4° del artículo 27 de la ley 142 de 1994, aplicable a las entidades que se estudian por remisión del artículo 85 de la ley 489 de 1998, que en su primera parte dice:

“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.”¹³ (Subraya la Sala).

Esta norma alude a las empresas “con aportes oficiales” indicando que el capital de las mismas es mixto, pues si fuera exclusivamente público se estaría en presencia de una empresa oficial de servicios públicos definida por el artículo 14.5 de la misma ley. Igualmente, se refiere al control fiscal que ha de hacerse en sede de las entidades socias sobre los derechos representativos de los aportes sociales, llámense acciones o cuotas partes de interés social, como se explicó antes, y no al control sobre la empresa conformada por capital público y privado, la que es vigilada según los principios antes expuestos.

Con base en el análisis precedente, **la Sala RESPONDE:**

1° La competencia para el ejercicio del control fiscal y la eventual determinación de responsabilidades con referencia a la gestión de las empresas y sociedades en las cuales participa la Nación con otras entidades territoriales, está radicada por el Decreto Ley 267 del 2000 en la Contraloría General de la República como prevalente, salvo que en los estatutos sociales se defina que la sociedad se integra a la administración pública de alguna de las entidades territoriales.

En las empresas y sociedades en las que participan entidades de varios niveles territoriales pero sin la Nación, y el desarrollo del objeto social se lleva a cabo exclusivamente en la jurisdicción territorial de una de ellas, el control fiscal lo debe ejercer la contraloría en el ámbito territorial de ejecución de sus actividades. Si el objeto social lo desempeña en todo el territorio nacional, el control fiscal lo ejerce la contraloría territorial del domicilio de la sociedad. Este control se hace sobre la gestión fiscal de la sociedad, y por ende incluye los eventuales procesos de responsabilidad.

¹³ La Sentencia C-374-95 (24 de agosto), reiterada en Sentencia C-375-95 (24 de agosto) declaró inexecutable la parte final del primer inciso que decía: “... mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente.” El inciso segundo fue declarado executable por Sentencia C-375-95, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

2° La mayor participación accionaria, por si misma, no tiene efectos respecto de la competencia para la vigilancia de la gestión fiscal. Puede ocurrir que esa mayor participación sea determinante para que los socios fijen en sus estatutos el domicilio social o definan su integración a una determinada administración pública.

3° y 4° Las preguntas parten de la posibilidad de que pueden confluir varias contralorías para la vigilancia de la gestión fiscal de una empresa o sociedad por estar constituida por entidades de distintos órdenes territoriales. Estima la Sala que a la luz del ordenamiento constitucional y legal que se ha dejado analizado, esa posibilidad está excluida, y el órgano de control fiscal se determina según se expuso en la primera respuesta.

Transcríbese al señor Ministro del Interior y de Justicia y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GUSTAVO E. APONTE SANTOS
Presidente de la Sala

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO FLAVIO A. RODRIGUEZ ARCE

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

AMANDA BELTRAN GALEANO
Secretaria (E)