



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

MEMORANDO No. 0133-2016-132

De: Dra. OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Para: Dra. MILENI SANCHEZ CUELLAR
Directora de Control Fiscal y Medio Ambiente

Asunto: SUJETOS DE CONTROL



CONCEPTO

CONCEPTO No. 12	08 de Agosto de 2016
Tema:	Calidad de sujeto de control
Problema Jurídico:	¿Si las Empresas de Servicios Públicos de Mariquita Tolima, son sujetos de control? ¿Cómo debe efectuarse el control fiscal en las sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios, conforme a los principios establecidos en el artículo 8º de la Ley 42 de 1993? El control fiscal se extiende a las sociedades privadas que son socios operadores de la sociedad de economía mixta principal?
Fuentes formales:	Constitución Política, Ley 42 de 1993 LEY 489 DE 1998, Ley 142 de 1994 Resolución 3466 de 1994 de la CGR
Precedente:	C-1191/00, C629/2003, C529/06, C-338-2011, Sentencia del Consejo de Estado Rad: 3880,

En atención al memorando, mediante el cual La Directora Técnica de Control Fiscal y Medio Ambiente de la Contraloría Departamental del Tolima, solicita se emita concepto jurídico y se respuesta a los problemas jurídicos, La Dirección Técnica Jurídica, para proferir este concepto seguirá el siguiente procedimiento:

Primero se estudiará la normatividad y jurisprudencia relacionada con el tema, luego se emitirá las consideraciones para finalmente dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

PROBLEMAS JURIDICOS:

¿Si las Empresas de Servicios Públicos de Mariquita Tolima Espumas y Urbes, son sujetos de control?

¿Cómo debe efectuarse el control fiscal en las sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios, conforme a los principios establecidos en el artículo 8º de la Ley 42 de 1993?

El control fiscal se extiende a los socios privados que son socios operadores de la sociedad de economía mixta principal?.

i) NORMATIVIDAD

CONSTITUCION POLÍTICA

"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 determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

"4.- Exigir informes sobre su gestión a los empleados oficiales de cualquier orden y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos de la Nación.

"12.- Dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal en todas las entidades públicas del orden Nacional y Territorial.

"13.- Las demás que señale la ley.

ARTICULO 267. 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.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

ARTICULO 272. 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.

LEY 42 DE 1993

"Artículo 6.- Las disposiciones de la presente ley y las que sean dictadas por el Contralor General de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 268 numeral 12 de la Constitución Nacional, primarán en materia de control fiscal sobre las que puedan dictar otras autoridades".



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

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

"...
"...

"Parágrafo 2º. La Contraloría General de la República establecerá los procedimientos que se deberán aplicar en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo".

"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 éstos cumplan con los objetivos previstos por la administración.

Artículo 9º.- Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno, de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes.

Parágrafo.- Otros sistemas de control, que impliquen mayor tecnología, eficiencia y seguridad, podrán ser adoptados por la Contraloría General de la República, mediante reglamento especial.

Artículo 10º.- El control financiero es el examen que se realiza, con base en las normas de auditoría de aceptación general, para establecer si los estados financieros de una entidad reflejan razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, comprobando que en la elaboración de los mismos y en las transacciones y operaciones que los originaron, se observaron y cumplieron las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General.

Artículo 11º.- El control de legalidad es la comprobación que se hace de las operaciones financieras, administrativas, económicas y de otra índole de una entidad para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.

Artículo 12º.- El control de gestión es el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que estas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.

Artículo 13º.- El control de resultados es el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado.

Artículo 14º.- La revisión de cuentas es el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Artículo 15º.- Para efecto de la presente Ley se entiende por cuenta el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario.

LEY 489 DE 1998

"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.

"Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

"(...)2. Del Sector descentralizado por servicios:

a) Los establecimientos públicos:

b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;

c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;

d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;

"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.

LEY 142 DE 1994

Sobre quienes prestar servicios públicos domiciliarios dispuso:

1. Las empresas de servicios públicos (Artículo 15.1, Ley 142 de 1994), que a su vez pueden ser:
 - a) Empresas oficiales de servicios públicos, constituidas como sociedades por acciones en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial tienen el 100% de sus aportes. (Artículo 14.5, Ley 142 de 1994)
 - b) Empresas mixtas de servicios públicos, en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas tengan aportes superiores o iguales al 50%. (Artículo 14.6, Ley 142 de 1994)
 - c) Empresas privadas de servicios públicos, cuyo capital pertenece mayoritariamente a los particulares. (Artículo 14.7, Ley 142 de 1994)



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

ii) PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

Sobre el control fiscal de las sociedades de economía mixta que prestan los servicios públicos domiciliarios, ha sido debatido ampliamente por la Corte Constitucional en las siguientes Sentencias C.

Todo el precedente constitucional respecto del tema fue resumido en la Sentencia C 529 de 2006.

C-1191/00, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

"En esa oportunidad, esta Corporación revisó la constitucionalidad del artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000. Esta disposición circunscribía el ejercicio del control fiscal de las empresas de servicios públicos de carácter mixto, y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de ésta o aquellas, sólo respecto de los actos y contratos que versaran sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante. La Corte concluyó que la norma demandada consagraba una restricción desproporcionada al ejercicio del control fiscal y, por tanto, la declaró inexecutable. Los argumentos concretos que tuvo en cuenta la Sala para declarar la inconstitucionalidad de la disposición acusada fueron los siguientes:

" (...) el control [fiscal] en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas.

Por lo tanto, el legislador extraordinario, si bien reconoce la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, se inspira en el suceso societario, como lo señala el demandante, según el cual, los derechos del socio en las personas jurídicas mixtas y en las generadas en la participación con los particulares, se convierten en patrimonio del sujeto jurídico generado y de esa forma en efecto particular, dejando de lado los intereses generales de la comunidad, lo que se traduce en el interés general o público, circunstancia esta que hace que el precepto jurídico demandado, sea lesivo de los principios de rango constitucional que informan la función pública del control fiscal.

Ahora bien, el artículo 37 cuestionado, contiene una restricción al ejercicio de la función pública asignada a las contralorías, en la medida en que reduce su intervención al acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos que se establecen en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber, control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, necesariamente se tiene que concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional." (Subrayas fuera de texto).[11]

De conformidad con el precedente expuesto, se infiere que 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.

Sentencia C-629 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.[13] En esta ocasión, este Tribunal declaró la exequibilidad de la norma de la Ley 80 de 1993 que hacía aplicables las reglas de la contratación pública a las sociedades mencionadas, para el caso que la participación accionaria estatal superara el 50% del capital social. Esta decisión identificó con claridad, a partir de las disposiciones constitucionales y legales aplicables tanto los elementos configurativos como las características esenciales de este tipo de entidades.

Sobre el primer aspecto, la providencia señaló que las sociedades de economía mixta (i) son de creación o autorización legal; (ii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales; (iii) su capital está integrado por aportes del Estado y de particulares; y (iv) están vinculadas a la administración como integrante del sector descentralizado y, habida cuenta su condición de organismos vinculados, están sujetas a controles administrativos.[14]

Acerca de la segunda materia, la Corte advirtió en la citada sentencia las siguientes características particulares y definitorias de las sociedades de economía mixta:

- a. Las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones del legislador y de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales, en su ámbito respectivo, en torno de la configuración y desarrollo de la estructura de la administración (nacional, departamental o municipal). Es decir, configuran elementos organizativos constitucionales dentro del Estado colombiano.
- b. Las sociedades de economía mixta, abstracción hecha del porcentaje del aporte estatal en el capital social, no forman parte de la rama ejecutiva del poder público.
- c. Las sociedades de economía mixta son entidades descentralizadas tanto conforme a las definiciones legales vigentes al momento de expedirse la Constitución de 1991, como en armonía con las precisiones ulteriores efectuadas por el legislador en la Ley 489 de 1998.
- d. La precisión del régimen jurídico de las sociedades de economía mixta corresponde a la ley, conforme al artículo 210 de la Constitución en concordancia, primordialmente, con los artículos 150-7 y 209 de la misma.

Con base en estos supuestos, es posible concluir que las sociedades de economía mixta, pese su naturaleza jurídica específica (regulación basada en las normas del derecho privado, ejecución de actividades industriales o comerciales, ánimo de lucro, entre otros aspectos) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas. De esta manera, no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador. Con base en esta última consideración, la sentencia C-629/03 concluyó que *"la propia Constitución, como se ha visto, determina consecuencias directas de la circunstancia de que una sociedad comercial tenga el carácter de sociedad de economía mixta y hace imperativa la vigilancia seguimiento y control de los recursos estatales, cualquiera sea la forma de gestión de los mismos, en los términos que prevea la ley."*

1º.- Como quiera que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 42 de 1993, las disposiciones que dicte el Contralor General de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 268-12 de la Carta Política, para armonizar los sistemas de control fiscal de las entidades públicas del orden nacional y territorial, dentro de las cuales indiscutiblemente se encuentran las contenidas en la Resolución Orgánica 3466 de 1994, son de carácter general, como se consigna en dicha norma constitucional, ello lleva a concluir que tales disposiciones, por su misma generalidad, no necesariamente regulan todos los detalles y aspectos que deben ser tenidos en cuenta para hacer realmente efectivos los sistemas de control fiscal, sino el marco básico para armonizar tales sistemas.

2º.- En concordancia con lo anterior, la Sala considera que si el artículo 272 de la Carta Política atribuye a los contralores departamentales, distritales y municipales, en el ámbito de su jurisdicción, las mismas funciones que atribuye el artículo 268 ibídem al Contralor General de la República, ello implica que el Constituyente previó la posibilidad de que tales contralores puedan dictar normas en materia de control fiscal, entre éstas, las relativas a la materia indicada en el citado artículo 268-12, siempre y cuando no sean contrarias a las contenidas en la Ley 42 de 1993, y a las que expida el mencionado funcionario en ejercicio de las facultades a él conferidas en el referido artículo 268-12, por tener el carácter de prevalentes, como lo determina el artículo 6º del mencionado ordenamiento legal.

3º.- En consecuencia, la Sala considera, en un todo de acuerdo con lo expuesto por el a quo en la sentencia apelada, que los Contralores en las entidades territoriales tienen constitucionalmente asignada una competencia normativa subsidiaria en materia de control fiscal, residual de la ejercida por el Contralor General de la República, cuyo válido ejercicio está condicionado a que las disposiciones de carácter general que expida dicho funcionario para armonizar los sistemas de control fiscal, requieran ser precisadas en algunos de sus aspectos, y no los desconozcan o contraríen, con el fin de hacer más efectiva las condiciones de aplicación de los sistemas de control fiscal en cada uno de los entes territoriales.

4º.- Todo lo expresado lleva a concluir, que al limitarse el acto acusado a reproducir en esencia los mecanismos de control fiscal consignados en la Resolución Orgánica 3466 de 1994, y precisar respecto de algunos de ellos determinados aspectos y requisitos, como lo observó el a quo, ha de adoptarse la determinación de confirmar la sentencia apelada.

Sentencia C29 del 2003

Con base en estos supuestos, es posible concluir que las sociedades de economía mixta, pese su naturaleza jurídica específica (regulación basada en las normas del derecho privado, ejecución de actividades industriales o comerciales, ánimo de lucro, entre otros aspectos) no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal, amén del aporte público en la constitución del capital social y la consiguiente pertenencia a la administración pública, en la condición de entidades descentralizadas. De esta manera, no es acertado sostener que la participación de particulares en la composición accionaria y la ejecución de actividades comerciales en pie de igualdad con las sociedades privadas sean motivos para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del Estado y de los controles administrativos que le son propios y cuya definición hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el legislador. Con base en esta última consideración, la sentencia C-629/03 concluyó que *"la propia Constitución, como se ha visto, determina consecuencias directas de la circunstancia de que una sociedad comercial tenga el carácter de sociedad de economía mixta y*



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

hace imperativa la vigilancia seguimiento y control de los recursos estatales, cualquiera sea la forma de gestión de los mismos, en los términos que prevea la ley."

Sentencia C-065 de 1997

"Esta fue, precisamente, la conclusión a la que arribó la Corte al estudiar la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley 42 de 1993 en la sentencia C-065 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero. En esta decisión se consideró que *"en relación con las entidades en las cuáles el Estado entrega dineros o recursos bajo forma de participación, esto es, para que éstos se incorporen al capital social, no se puede efectuar ninguna objeción constitucional ya que, conforme al propio artículo demandado, esas entidades quedan sometidas al control fiscal consagrado para las sociedades de economía mixta. (...) si la fiscalización sólo llega hasta el momento en que se hace el aporte, se imposibilita el control posterior de resultados de la gestión, que es inherente a la labor contralora, y que recae no sólo sobre la administración sino incluso sobre los particulares que manejan fondos públicos. De igual manera se afecta la facultad constitucional del Contralor de exigir informes sobre la gestión fiscal, y de establecer responsabilidades en torno a la misma, toda vez que estas facultades, por la naturaleza de las cosas, sólo se pueden ejercer con posterioridad a la actuación. De tal manera que si el control fiscal sólo llega hasta le entrega de los bienes o fondos estatales y no se prolonga más allá en el tiempo, no cubre el término mismo de la gestión propiamente dicha, y mucho menos el tiempo posterior a ella."*

Sentencia C- 529 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

"De conformidad con el precedente expuesto, se infiere que 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 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. (Art. 2 C.P.). Desde esta perspectiva, la consecución de un ordenamiento legal que disponga de controles adecuados y suficientes sobre el uso de los dineros públicos en todas las instancias se muestra más acorde con los presupuestos constitucionales del ejercicio del control fiscal, en los términos del artículo 267 Superior. Lo contrario, esto es, contemplar supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos".

Sentencia C-374 de 1995, conforme a la cual:

"El ejercicio del control fiscal, calificado en la Constitución como una función pública, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

- a. Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.
- b. El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales.

Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.

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.

Sentencia Del Consejo de Estado Rad: ACU- 15 10 de marzo de 1998.

"ALCANCE DEL CONTROL FISCAL.

El Estado Colombiano, que es social de derecho, entre sus múltiples poderes ejerce el de control, el que le es inherente como garante de la libertad y de la justicia "dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo", como lo proclama el Preámbulo de la Constitución Política -, el cual está informado, con carácter consubstancial, por la prevalencia del interés general.

Las funciones de control, en el Estado moderno, no se interpretan como una intromisión en la libertad de las personas ni como una reducción de sus derechos, sino como una indispensable intervención, que, a más de coadyuvar a la gestión pública por retroalimentación, tienden a garantizar la convivencia social dentro de principios de justicia.

Por lo demás, ninguna libertad es de suyo absoluta, como tampoco existen derechos absolutos, una y otros encuentran límites en la libertad y derechos de los demás, por lo que tales conceptos adquieren su esplendor en el campo de lo social, a través del equilibrio por la intervención del Estado, cuyas autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en "¿ sus derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (art. 2 C.P.).

De esta manera corresponde al Estado, por conducto de sus autoridades, ejercer los diversos controles atribuidos por la Carta Fundamental y entre ellos el fiscal, función pública - ejercida por las contralorías nacional y territoriales - para vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, o de los entes territoriales, según los precisos y perentorios términos de su artículo 267.

El alcance de este control ha sido fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-374 de 1995, conforme a la cual:

"El ejercicio del control fiscal, calificado en la Constitución como una función pública, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas.

- a. Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.
- b. El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales.

Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.

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



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

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. 1, 2, 103, inciso 3 y 270 de la C.P.) (Subraya la Sala).

De otra parte, valga resaltar que a términos del artículo 6 constitucional, los particulares son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y de las leyes, principio reiterado en el artículo 95 Ibid.

Los desarrollos legales reafirman que el control fiscal tiene como sujeto pasivo a "las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con estos", (...) "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", y es ejercido por las Contralorías nacional y territoriales (arts. 2 y 4 de la Ley 42 de 1993). La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta respecto del manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración (art. 8 Ibid.).

Por su parte el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994 dispone:

"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 vigencia de la Contraloría General de la República, y de las contralorías departamentales y municipales". (Subraya la Sala)

Resulta claro entonces que el poder de control fiscal surge de la naturaleza pública del aporte, independientemente de la forma social adoptada por la empresa de servicios públicos.

Finalmente resalta la Sala que el artículo 109 del Decreto Ley 1421 de 1993, Estatuto de Distrito Capital, faculta a la Contraloría Distrital, como es apenas obvio, para cumplir la vigilancia fiscal de los entes privados, en la forma como está precisada en las normas constitucionales y legales mencionadas y particularmente en el artículo 272, inciso 5 de la carta, conforme al cual los contralores distritales ejercen, las funciones atribuidas al Contralor General de la República.

El alcance del control fiscal quedó claramente definido en la Sentencia C-167 de 1995, así:

"...La función fiscalizadora ejercida por la Contraloría General de la República propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública **que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación**. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma Contraloría General de la República, quedara sin control fiscal de gestión. **Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares....**

....Para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; **por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre**



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación." (Resalta la Sala)

iii) CONSIDERACIONES:

1.- La Constitución Política establece que 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 de la Nación.

2.- La ley 42 de 1993 dispone que el control fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital de la sociedad, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo en los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8 de la presente ley.

3.- En la prestación de los servicios públicos prevalece el interés general, por lo que está de por medio el del patrimonio del Estado, el cual es entregado a un particular en este caso una sociedad para su manejo, a pesar de naturaleza privada, no está ajena al control fiscal por parte del Estado, este es criterio que ha predominado en el precedente jurisprudencial que se ha enunciado.

4.- En sentido general las empresas prestadoras de servicios públicos al régimen de derecho privado, según lo dispuesto por la ley 142 de 1994 en cuanto a sus actos y contratos, pero situación diferentes es respecto la gestión no escape al control fiscal, determinado por la constitución y la ley.

5.- Bajo este argumento no cabe duda que la Empresa de Servicios Públicos de **ESPUMAS E.S.P**, tiene un socio público que es el Municipio de Mariquita, por lo tanto su naturaleza jurídica es ser una empresa de servicios públicos de naturaleza mixta, esta tiene un socio operador **URBES E.S.P** sociedad de naturaleza privada, ambas sociedades desarrollan una función pública, básicamente la prestación de servicios públicos y en consecuencia es sujeto del control fiscal por parte del Estado, en la manera y forma como lo han determinado la Constitución, la ley y el precedente.

6.- El Artículo 267 de La Carta Política establece que:

*"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.**"*

"Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultado, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial."

Por lo tanto concluye este Despacho que conforme al mandato constitucional la vigilancia de la gestión fiscal, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

fondos o bienes, incluidas las sociedades de economía mixta y sociedades privadas sobre todo si son Empresas de Servicios Públicos que 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.

Que el tipo de control que debe hacerse sobre estas entidades es financiero, de gestión y de resultados.

iv) RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURIDICOS PLANTEADOS.

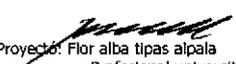
Si las Empresas de Servicios Públicos de Mariquita Tolima, son sujetos de control? La respuesta es SI, Tanto la Empresa de Servicios Públicos ESPUMAS S.A E.S.P de naturaleza mixta y la empresa URBES de naturaleza privada es sujeto de control.

¿Cómo debe efectuarse el control fiscal en las sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios, conforme a los principios establecidos en el artículo 8º de la Ley 42 de 1993? El control que debe efectuarse es financiero, de gestión y de resultados.

El control fiscal se extiende a las sociedades privadas que son socios operadores de la sociedad de economía mixta principal? Si, en virtud a que prestan un servicio público, esencial, la sociedad URBES operador privado de ESPUMAS S.A E.P.S es sujeto de control.

Cordialmente,


OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica


Proyecto: Flor alba tipas alpala
Profesional universitario