

OAJ-002-2020

1900 - 202000000690

Medellín, 30 de enero de 2020

PARA: IVAN DARIO ZULUAGA PIMIENTA
Profesional Universitario

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta Concepto jurídico relacionado con sociedades de
economía mixta vs responsabilidad fiscal

Este Ente de Control Fiscal, recibió su solicitud con radicado interno N° 201900011955 del 16 de diciembre de 2019, en la cual nos hace una pregunta relacionada con las empresas de economía mixta.

Antes de proferir el presente concepto jurídico, es menester previamente advertir de manera respetuosa que los conceptos jurídicos emanados de la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de Medellín, son orientaciones de carácter general que no comprenden o pretenden ser soluciones directas y definitivas a situaciones fácticas o jurídicas específicas.

No ostentan el carácter de vinculantes u obligatoriedad en su cumplimiento o ejecución, ni revisten el carácter de fuente normativa, su finalidad es la de servir como medio facilitador de hermenéutica jurídica en materia de control fiscal.

En dicho sentido debe tenerse en cuenta lo establecido en el Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015:

“Alcance de los conceptos: Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuesta a peticiones realizadas en el ejercicio a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

SE RESPONDE:**I. SÍNTESIS DE LA CONSULTA**

El doctor ZULUAGA PIMIENTA, como profesional universitario de la Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, solicita a la Oficina Asesora de Jurídica, se emite concepto jurídico respecto a:

¿Los daños fiscales determinados en los Hallazgos con incidencia fiscal remitidos a esta Contraloría Auxiliar de Responsabilidad Fiscal por las diferentes Contralorías Auxiliares de Auditoría Fiscal de este ente de control, que recaigan sobre Sociedades de Economía Mixta – SEM sujetas al control de la Contraloría General de Medellín deben entenderse en su integralidad y totalidad como daño patrimonial al Estado o daño fiscal? o por el contrario ¿Se debe asumir, investigar, determinar y eventualmente cobrar solamente en el porcentaje, cuota parte o prorrateo que únicamente corresponda a la(s) Entidad(es) Pública(s) partícipe(s), miembro(s) o Socia(s) de la Sociedad de Economía Mixta – SEM afectada por el daño fiscal determinado en el Hallazgo?

II. CONSIDERACIONES

- i. Aspectos sustanciales y jurisprudenciales- Daño Patrimonial del Estado-vigilancia de las sociedades de economía mixta.

De acuerdo al Artículo 6° de la Ley 610 de 2000, define el daño patrimonial al estado en los siguientes términos:

Artículo 6° - Daño patrimonial al Estado. Para efectos de esta Ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

El doctor JAIRO ENRIQUE BULLA ROMERO, en su libro RESPONSABILIDAD FISCAL & PROCESOS FISCALES, señala:

“El erario así entendido, es susceptible de daño a partir de múltiples fuentes, entre las cuales la de hecho, actos o acontecimientos que se encuentran al margen de la gestión fiscal y la de actos, hechos omisiones, operaciones y contratos que se halla en los dominios de la gestión fiscal, siendo esta última la que importa a los fines del proceso de responsabilidad fiscal.”

De la cita anterior y para lo que corresponde al control fiscal, solo tiene relevancia el hecho de que el daño sea realizado por un gestor fiscal directo o indirecto, luego si no hay de por medio la gestión fiscal o con ocasión a ésta, entonces no podemos hablar de un hallazgo fiscal y menos podríamos hablar de responsabilidad fiscal, tal como lo señala el Artículo 5° de la Ley 610 de 2000.

ARTICULO 5o. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

Queda entonces establecido que, si el daño patrimonial al estado tiene su origen por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, deberá ser investigado y posiblemente arribar al proceso de responsabilidad fiscal.

El Artículo 209 de la Constitución Política señala:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Y el Artículo 267 de la Constitución Política indica que:

ARTICULO 267. La vigilancia y el control fiscal son 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 públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

El control fiscal se ejercerá en forma posterior y selectiva, y además podrá ser preventivo y concomitante, según sea necesario para garantizar la defensa y protección del patrimonio público. El control preventivo y concomitante no implicará coadministración y se realizará en tiempo real a través del seguimiento permanente de los ciclos, uso, ejecución, contratación e

impacto de los recursos públicos, mediante el uso de tecnologías de la información, con la participación activa del control social y con la articulación del control interno. La ley regulará su ejercicio y los sistemas y principios aplicables para cada tipo de control.

El control concomitante y preventivo tiene carácter excepcional, no vinculante, no implica coadministración, no versa sobre la conveniencia de las decisiones de los administradores de recursos públicos, se realizará en forma de advertencia al gestor fiscal y deberá estar incluido en un sistema general de advertencia público. El ejercicio y la coordinación del control concomitante y preventivo corresponde exclusivamente al Contralor General de la República en materias específicas.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el seguimiento permanente al recurso público, sin oponibilidad de reserva legal para el acceso a la información por parte de los órganos de control fiscal, y el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad, el desarrollo sostenible y el cumplimiento del principio de valoración de costos ambientales. La Contraloría General de la República tendrá competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo que reglamente la ley. (...)"

La Ley 42 de 1993, estipula respecto a las sociedades de economía mixta:

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

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

Parágrafo 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.*

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

La Corte Constitucional en Sentencia C-1191 de 2000, en la cual declaró inexecutable el Artículo 37 del Decreto 266 de 2000, precisó:

"....Esta Corporación en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre los alcances del control fiscal y, ha dicho: "El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar –mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno- que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley." (Sent. C-586 de 1995. Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo).

Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política.

(...)

Siendo ello así, el control 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". (...)(Subrayado y negrita nuestro).

En decisión emitida por el Consejo de Estado Sala Civil Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00136-00 (2217), ésta corporación señaló:

"La Sala, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora y para efectos de responder la consulta, recuerda que la Ley 42 de 1993 dispuso en su artículo 21 que las sociedades de economía mixta, dentro de las cuales se encuentran las sociedades portuarias regionales, están sometidas a la vigilancia de su gestión fiscal por parte de la contraloría "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".

Con el propósito de entender el aparte del artículo 21 de la Ley 42 de 1993 que hace referencia a la participación del Estado en el capital de la sociedad, como elemento para determinar en qué forma se adelantará la vigilancia de la gestión fiscal sobre la sociedad de economía mixta, es necesario relevar que el artículo 7 del Decreto 2910 de 1991 indica que en aquellos casos en los cuales el aporte estatal en las sociedades portuarias regionales sea inferior al 50%, "la vigilancia fiscal de la Contraloría sólo se extenderá sobre las acciones de las entidades públicas y sobre los dividendos que perciban por virtud de su aporte".

En sentencia C-529/06, la Corte Constitucional reiteró:

*“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.**

El cargo propuesto por el actor sostiene, como se indicó, la inconstitucionalidad del ejercicio genérico del control fiscal para el caso de las sociedades de economía mixta. Sin embargo, la Corte advierte que el problema jurídico propuesto no puede ser abordado a partir de una interpretación aislada del apartado acusado, sino que es necesario considerar, de forma integral, el método de control fiscal de las sociedades de economía mixta previsto por la Ley 42 de 1993.

Sobre este particular, como lo señalaron tanto el Procurador General como algunos de los intervinientes, resulta especialmente relevante lo dispuesto por el artículo 21 ejusdem, que establece las reglas particulares de vigilancia estatal de los recursos para ese tipo de entidades. Al respecto, la norma prevé que (i) el control fiscal se realizará “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 8º de la Ley 42/93 ; (ii) el resultado de la vigilancia de la gestión fiscal sólo tendrá efecto en lo referente al aporte estatal; (iii) las reglas sobre el control fiscal de las sociedades de economía mixta también serán aplicables a sociedades de otra

naturaleza en las que el Estado participe; y (iv) corresponde a la Contraloría General de la República establecer los procedimientos aplicables para el ejercicio de este tipo de control fiscal.

(...), el modelo de control fiscal previsto en el Texto Constitucional tiene carácter integral, esto es, comprende el ejercicio de un control financiero, de gestión, de legalidad y de resultados. En ejercicio de la cláusula general de competencia legislativa antes mencionada, la Ley 42 de 1993 define el contenido particular de cada uno de los modos de control. Así, el control financiero consiste en “el examen que 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.” (Art. 10). El control de gestión refiere, a su vez, con “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 éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad.” (Art. 12). El control de legalidad está relacionado con “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.” (Art. 11). Finalmente, el control de resultados fue definido por el legislador como “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”. (Art. 13).

En cuarto término, el Constituyente determinó que el control fiscal se funda en los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales. A partir de esta previsión, el legislador ha considerado que con base en estos principios, el control fiscal en el caso colombiano debe ejercerse “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.

Para efectos del presente análisis cobra especial importancia el quinto aspecto a tener en cuenta sobre las características constitucionales del control fiscal, relativo a su carácter amplio. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha resaltado que la vigilancia de la gestión estatal incorpora, tanto las modalidades de control antes mencionadas, como un amplio espectro de entidades y operaciones susceptibles de ese control. Al respecto, la sentencia C-374/95 señaló dentro de las características constitucionales de gestión fiscal, su posibilidad de ejercicio “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.

(...)Sobre este particular, como lo señalaron tanto el Procurador General como algunos de los intervinientes, resulta especialmente relevante lo dispuesto por el artículo 21 (sic) ejusdem, que establece las reglas particulares de vigilancia estatal de los recursos para ese tipo de entidades. Al respecto, la norma prevé que (i) el control fiscal se realizará “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 8º” de la Ley 42/93 ; (ii) el resultado de la vigilancia de la gestión fiscal sólo tendrá efecto en lo referente al aporte estatal; (iii) las reglas sobre el control fiscal de las sociedades de economía mixta también serán aplicables a sociedades de otra naturaleza en las que el Estado participe; y (iv) corresponde a la Contraloría General de la República establecer los procedimientos aplicables para el ejercicio de este tipo de control fiscal”.

De todo lo anterior se puede entonces inferir o concluir que, el control fiscal ejercido por las contralorías “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”, basta con que haya de por medio la existencia de recursos públicos.

El control fiscal por lo tanto y tal como lo indica 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 los recursos del estado.

De acuerdo a la Ley 610 de 2000, en el Artículo 4º (que debe ser interpretado de forma integral con el artículo 6º), indica cual es el objeto de la responsabilidad fiscal, esto es, el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público.

*ARTICULO 4o. OBJETO DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culpable de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido **por la respectiva entidad estatal.***

El Artículo 97 de la Ley 489 de 1998, define las sociedades de economía mixta como “organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las normas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

Como entidad de economía mixta, la cual surge como persona jurídica con autonomía administrativa y financiera, asume como propio la suma de aportes o recursos para conformar su propio patrimonio, situación que genera *per se*, una unidad económica, por lo tanto la pérdida de recursos por cualquier razón, puede ocasionar la inestabilidad económica y de su propia existencia.

La Corte Constitucional¹ ha sido clara y certera al establecer como la particular naturaleza de las empresas de economía mixta no las hace desprenderse de su carácter de expresión estatal, y como sus empleados son servidores públicos, por ende concluye este Despacho pueden ser gestores fiscales:

Dentro de las entidades descentralizadas por servicios, tradicionalmente fueron clasificados los establecimientos públicos, así como las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta. Esa nomenclatura subsiste, pues la Constitución vigente, en su artículo 150-7, faculta al Congreso de la República para “crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta”, competencia que los artículos 307-7 y 313-6 de la Carta conceden a las asambleas y a los concejos que, respectivamente, pueden crear los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del departamento o del municipio o distrito y autorizar la formación o constitución de sociedades de economía mixta, para todo lo cual, en el ámbito municipal o distrital, corresponde al alcalde la iniciativa.

De conformidad con el artículo 150-7, ya citado, y con el artículo 210 de la Carta, “las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios solo pueden ser creadas por ley o por autorización de esta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa”, lo que, desde luego, resulta aplicable a las sociedades de economía mixta, legalmente definidas en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 “como organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

Agregaba el artículo últimamente citado que para la calificación de una sociedad comercial como de economía mixta era necesario que “el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales o comerciales del Estado o sociedades de economía mixta” no fuera “inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado”.

Sin embargo, esta parte de la definición fue hallada inconstitucional por esta Corte, tras estimar que los artículos 150-7, 300-7 y 313-6 confieren competencia, en su orden, al Congreso, las asambleas y los concejos para crear o autorizar la constitución de sociedades de economía mixta, “sin que se hubieren señalado porcentajes mínimos de participación de los entes estatales en la composición del capital de tales sociedades”, lo cual significa que una sociedad de economía mixta

¹ Sentencia C-338 de 2011.

tan solo requiere que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales” y que su calidad de ‘mixta’ surge de que “su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares”².

Como en otra oportunidad lo destacó la Corte, para la existencia de las sociedades de economía mixta no basta la autorización legal, “pues en atención a que son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales, es indispensable la celebración de un contrato entre el Estado o sus entidades y los particulares que van a ser parte de ellas”, de modo que “su organización es la propia de las sociedades comerciales” previstas en el Código de Comercio, sus estatutos son expedidos por los socios y están contenidos en el contrato social, no obstante lo cual “no son particulares”, sino organismos vinculados del nivel descentralizado, que hacen parte de la estructura de la Administración Pública³.

En este sentido, la Corporación ha advertido que las sociedades de economía mixta, pese a su naturaleza jurídica específica, “no pierden su carácter de expresiones de la actividad estatal” y que, por lo tanto, “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 motivo para excluir a las sociedades de economía mixta de la estructura del estado”⁴.

La pertenencia a la estructura del Estado se evidencia en el aporte público para la constitución del capital social, así como en su condición de entidades descentralizadas que “como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se ‘vinculan’ a la Rama Ejecutiva del Poder Público, es decir a la Administración Central”⁵.

En consideración de este Despacho, no es predicable la escisión del patrimonio para efectos de control fiscal de la sociedad de economía mixta, de acuerdo a los aportes de sus socios; ello conllevaría realidades jurídicas groseras como que una parte del presupuesto se ejecutara bajo principios de función pública y otros por el derecho privado; que una parte de sus eventuales litigios fueren competencia de la jurisdicción ordinaria y otros de la contencioso administrativa, que una parte de su presupuesto se administrara bajo los brocados del Decreto 111 de 1996 y otra no.

Y es que la identidad jurídica de la persona jurídica, es diferente e independiente a la de sus propietarios como ha establecido la Corte Constitucional en Sentencia T-396 de 1993

² Cfr. Sentencia C-953 de 1999.

³ Cfr. Sentencia C-316 de 2003.

⁴ Cfr. Sentencia C-529 de 2006.

⁵ Cfr. Sentencia C-736 de 2007.

La Honorable Corte Suprema de Justicia sentó jurisprudencia sobre la naturaleza jurídica de las personas morales, en las cuales manifiesta la conveniencia de atribuir derecho a estos entes morales. Con ponencia del Magistrado Arturo Tapias Pilonieta, del 24 de agosto de 1940, la Sala de Negocios Generales manifestó:

"En el lenguaje jurídico son personas los seres capaces de tener derechos y contraer obligaciones.

"La simple asociación de hombres para un fin determinado es insuficiente de por sí a constituir la personalidad moral. 'Se deben distinguir -dice Ferrara- las agregaciones humanas -existencias ya dadas, reales cuanto se quiera- de la forma jurídica de la personalidad que la reviste, la cual es un producto puro del derecho objetivo. Ahora bien, el reconocimiento produce precisamente la personalidad, concede la forma unitario, imprime este sello jurídico a las organizaciones sociales, y éste es un efecto nuevo, que antes no existía y que las partes por sí solas eran importantes para producir'.

"Las personas jurídicas, dice el mismo autor, existen sólo en el derecho y por el derecho. 'Faltando el reconocimiento no hay más que colectividades de individuos'.

A su vez, esa misma Corporación, con ponencia del Magistrado José J. Gómez R., de junio 24 de 1954, a través de la Sala de Casación Civil, señaló:

"La persona jurídica tiene su raíz en la propia limitación de la persona natural. Ideada por el hombre para realizar obras superiores a sus fuerzas, individualmente considerado, la persona moral queda dotada, por su propia esencia y por su objeto y fines, de personalidad jurídica o capacidad de derecho.

"Es así porque en ello se busca un sujeto de derecho que ante la vida y sus exigencias llene el vacío de la debilidad individual, con este instrumento cuyo poder no tiene límites. 'Siempre son intereses humanos los que están en presencia -dice el profesor Alberto T. Spota- y en definitiva es el hombre aislado o reunidos con otros hombres el que surge en este interesante fenómeno jurídico que se engloba en el concepto de la persona colectiva o persona jurídica' (Tratado de derecho civil. Tomo I., parte general. Vol. 3/4. No. 1828. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1951).

Con respecto a la identificación entre personalidad jurídica y capacidad de derecho, agregó la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia:

"La capacidad de derecho de las personas morales tiene el apoyo de la doctrina contemporánea. La enseñanza romana que Savigny impuso vigorosamente, de considerarlas como incapaces, ahondó demasiado para que la tarea de rectificación fuera fácil. Hay manifiesta falta de lógica en hacer descansar un estado orgánico, esencial y permanente de incapacidad jurídica, en el hecho de que la persona moral no piense, discierna y obre por sí misma, sino por medio de personas físicas y en hallar semejanza entre la situación del impúber, del demente, y la de la persona moral, confundiéndolas en el mismo fenómeno de incapacidad

jurídica. Si se trata de rodearla de una peculiar protección, habría bastado consagrar la protección sin erigir la incapacidad".

El quid del problema en torno a la personalidad de la entidad moral objeto de estudio, es que, erróneamente, se le trata como persona idéntica a la natural -teoría de la realidad-, lo cual es absurdo, o se le niega su personalidad con el pretexto de que no es un ser humano, el otro extremo que riñe con la ratio iuris. Pero el hecho incuestionable es que existen, y ello genera una evidencia jurídica que es imposible de soslayar.

La idea de la indivisión es el origen conceptual de la unidad existencial de la persona jurídica. Ya no sólo hay un derecho y una obligación in solidum, sino que es, bajo algún aspecto, la total disposición jurídica de la unidad conceptual que se desenvuelve autónomamente en el medio social con consecuencias jurídicas aplicables al sujeto primario del derecho: la persona.

Y sobre la capacidad de ser sujeto de derechos fundamentales, entre ellos el de tener un patrimonio y libre albedrío en su actuar fijo la Corte en el mismo fallo:

La persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana, es cierto, pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad, a ella. No tiene el derecho a la vida, pero sí al respeto a su existencia jurídica (Crf. art. 14 C.P.). Igualmente, se encuentra que por derivación lógica, por lo menos, es titular de derechos constitucionales fundamentales, los cuales se presentan en ella no de idéntica forma a como se presentan en la persona natural. A título de ejemplo, en una enumeración no taxativa, se tienen los siguientes

- El derecho a la libertad, en el sentido de poder obrar sin coacción injustificada con conciencia colectiva de las finalidades.

- El derecho a la propiedad, ya que es una característica esencial de la persona el ser dueña de sí, y, en dicha autoposesión tiene la capacidad de apropiación de cosas exteriores, en las cuales o por medio de las cuales manifiesta la expresión de su personalidad. Toda persona necesita de la propiedad para ejercer su capacidad esencial de apropiación.

- El derecho a la igualdad en derecho y a tener condiciones de proporcionalidad en las relaciones con otros sujetos de derecho. Sin la existencia del derecho a la igualdad, se hace imposible la relación de justicia, y como la persona jurídica debe existir en la realización de un orden social justo, se colige que necesita del derecho a la igualdad.

- El derecho al buen nombre, porque es un elemento de trascendencia social, propio de todo sujeto de derecho, que busca el reconocimiento y la aceptación social, con el fin de proyectar no sólo su imagen, sino su mismo ser en la convivencia social. Las personas naturales que conforman la persona jurídica se verían afectadas si el todo que las vincula no es titular del buen nombre como derecho. Hay un interés social que legitima la acción de reconocimiento, por parte del Estado y de la sociedad civil, del buen nombre que ha adquirido un ente colectivo, porque ello necesariamente refleja el trabajo de las personas humanas en desarrollar la perfección de un ideal común objetivo.

- El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuadra también en la persona jurídica, en el sentido de garantizar su funcionamiento, en la no obstaculización de la actividad de ese ente colectivo en aras de realizar el fin racional legítimo que se propone.

- La libertad de cultos es el claro ejemplo que la jurisprudencia colombiana ha reconocido a la expresión colectiva y personalizada de una profesión religiosa. V.gr. La personalidad jurídica de la Iglesia Católica y de varias personas jurídicas que tienen un contenido netamente religioso, en virtud de la unidad de fines y de los vínculos estrechos de fraternidad, hacen que se presenten entes colectivos como un todo ante la sociedad en general, y que puedan expresar su profesión religiosa en comunidad personalizada.

- La libertad de expresión: Igualmente hay dos ocasiones en que la persona jurídica puede expresar libremente sus opiniones y pensamiento (así sea fruto del consenso interno). Verbi gratia: una fundación que busque la promoción de la investigación científica, puede, perfectamente, publicar sus conceptos e hipótesis, con plena libertad.

- **El derecho al debido proceso: el derecho al debido proceso, por cuanto la persona jurídica necesita de las garantías de aplicación que existe el orden social justo, de suerte que sus derechos no se vean amenazados en la eventualidad de un proceso, sino, por el contrario, protegidos, y así se concreten en ella las garantías fundamentales con que cuenta toda persona.**

- El derecho a la honra de la persona jurídica puede existir como el reconocimiento a los actos virtuosos de sus miembros en el obrar colectivo y solidario.

- El derecho a la libre asociación, en cuanto es manifestación de la sociabilidad del ser humano y fundamento de la existencia de las personas jurídicas. Se trata de la dimensión solidaria de la personalidad.

- Igualmente, el derecho de petición, la libertad de enseñanza, y el derecho a la apelación.

En conclusión. La persona jurídica es titular de derechos fundamentales y de la acción de tutela de que habla el artículo 86 Superior, y por ello es jurídicamente inaceptable que se le someta a la discriminación de no considerarla como titular de unas garantías que el Estado Social de Derecho ha brindado, por lógica manifestación de los fines que persigue, a toda persona, sin distinción alguna."

El patrimonio de la persona jurídica (para el caso en cuestión sociedad de economía mixta) entonces no puede, ni debe confundirse con el de sus socios y/o aportantes, ya que se trata de un patrimonio autónomo cuya propiedad es imposible predicarse de dos personas de forma concomitante. La expectativa real que tienen los socios al saberse propietarios de una parte de aquella en cuanto a la obtención de utilidades de la persona jurídica, o la obtención de recursos por la venta de su participación, y/o la posible adjudicación de parte del patrimonio de aquella con ocasión de su

liquidación; no implica la posibilidad material ni jurídica de escindir el patrimonio de la persona jurídica durante la vida de esta, a efectos de denotar la naturaleza jurídica de aquella porción patrimonial.

Verbo y gracia, una cosa es el patrimonio de la Alcaldía de Medellín y otro el de Empresas Públicas de Medellín -EPM-; y por ello ambos son sujetos de control fiscal de forma autónoma de este Órgano de Control Fiscal. Sin que lo anterior implique duda alguna sobre la propiedad del municipio sobre EPM.

Por ejemplo, una persona jurídica bien puede reportar al final de su ejercicio fiscal utilidades de 100 pesos, y estos nunca llegar a hacer parte del patrimonio de sus socios al ser reinvertido en la sociedad. O el hecho de que se paguen con aquellos una acreencia, no puede significar que la pago porcentualmente a cada uno de sus socios, ya que en definitiva la pago la persona jurídica y no ellos.

Así las cosas, los recursos que el Estado entrega para integrar el capital social y convertirse en socios de una sociedad de economía mixta, son recursos públicos, y nuestro ordenamiento jurídico ha querido establecer que aquella contribución patrimonial, convertida a esta nueva sociedad o entidad (con patrimonio autónomo) en un agente pasible de vigilancia fiscal, el capital de esta sociedad forma una unidad que si bien puede tener origen entre capital privado y público, para efectos de la sociedad de economía mixta se comporta habida cuenta de su expresión estatal, como recursos públicos; siendo la Ley en consideración a la Corte Constitucional la única que de forma expresa y clara puede entrar a crear factores diferenciadores en aquella sociedades.

La vigilancia bien pudiese hacerse tan sólo a la cuota estatal, pero no se puede perder de vista que ante un posible fallo con responsabilidad fiscal en el cual se tenga que ordenar el resarcimiento del patrimonio del Estado por la mera cuota estatal, favorecería el debilitamiento financiero de la sociedad de economía mixta, debido a que el total de detrimento no se recuperaría a través del proceso de responsabilidad fiscal, enviándose un mensaje equivocado al corrupto que bajo la disculpa de que la Contraloría solo investigaría una parte del detrimento y no el total, cualquier artilugio serviría para socavar los recursos de este tipo de entidades de economía mixta con el pretexto de que son recursos privados y no estatales, traduciéndose en la pérdida, no solo de los recursos privados sino también de los recursos del estado, que como ya se explicó la naturaleza final de la disposición del patrimonio de la entidad entre sus socios, es un imposible jurídico hasta el momento de repartición de utilidades o del patrimonio de la sociedad liquidada por ejemplo.

Esta posición garantista del patrimonio estatal y la función pública en cabeza de las Contralorías, tiene sentido en el entendido de que el capital de la sociedad de economía mixta es uno solo, el cual está irradiado por el recurso público y tiene como fin a través del ejercicio de la función social de la sociedad el cumplimiento de los fines del Estado, sin dejar de lado además como ya pudo denotar que se trata de una persona, sujeto incluso de derechos fundamentales, que ameritan la protección y defensa del Estado, más aún cuando *su naturaleza especial la hace expresión de lo estatal*.

Por lo anterior, ante el hallazgo con incidencia fiscal con ocasión a la auditoría realizada a una entidad de economía fiscal, concluimos se deberá entonces ***asumir, investigar, determinar y eventualmente ordenar el resarcimiento del daño a la entidad de economía mixta.***

Atentamente,



LUIS ALFONSO BARRERA SOSSA
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Transcriptor: Albeiro P.