

Katherine

13-08/09

ya salio



### CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYAN

"Porque los bienes públicos son sagrados...  
participe en su fiscalización"

SG- 0988

AUDITORIA GENERAL



Rad No 2009-233-004062-2

Fecha 13/08/2009 13:55:40

Us Rad JARRIVERA

Asunto: SOLICITUD DE CONCEPTO

Destino: Rem CIU CONTRALORIA MUNICIPAL DE P

www.emtel.org - Sistema de Gestión

Popayán, 5 de Agosto de 2009

Doctora  
**DAYRA ENNA CONCICION PERICO**  
Directora Oficina Jurídica  
Auditoría General de la República  
Carrera 10A N°.17-18 P9  
PBX(571)3186800  
Bogotá D.C.

25 sept 2009  
24 sept -> 15 días

CJ-110-071-2009

**ASUNTO:** Solicitud de Concepto.- Sujetos de Control.

Cordial Saludo

En atención a la gran labor que presta la Contraloría General de la República y a la colaboración armónica entre entidades estatales, respetuosamente me permito solicitarle se sirva expedir concepto jurídico bajo las siguientes circunstancias:

La Contraloría Municipal de Popayán, en el mes de Mayo de 2007 expidió la Resolución 034 estableciendo la rendición de cuentas, informes y los sujetos de control obligados a rendirlos.

En atención a que la rendición de cuenta de los sujetos de control se modificará, al tenerse que cambiar la forma de su rendición, la cual deberá ser en medio eléctrico, se esta realizando una revisión de la naturaleza jurídica de algunos sujetos de control con el fin de establecer la procedencia del control fiscal integral por parte de esta entidad y si es procedente que continúen incluidos como sujetos de control en el acto administrativo a proferir que modificará la Resolución 034 de 2007.

Entre estos sujetos de control encontramos las Fundaciones, la Fundación Emtel que es una entidad de carácter privado, sin animo de lucro constituida con el fin de ejecutar actos en beneficio de la comunidad del Municipio de Popayán, a través de programas de rehabilitación, desarrollo y bienestar social, con el apoyo económico aportado por la Empresa de Telecomunicaciones Emtel S.A. E.S.P., la Empresa de Acueducto y

Edificio El CAM, 2do. Patio Tels: 8241010 – 8242390 Fax 8240414 Email:  
cmunpopayan@hotmail.com  
Popayán – Colombia

agosto 13/09  
3:15 pm



## CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYAN

*"Porque los bienes públicos son sagrados...  
participe en su fiscalización"*

Alcantarillado y la Alcaldía Municipal de Popayán, \* estos últimos incluidos también como sujetos de control de competencia de esta entidad.

La Fundación Teatro Guillermo Valencia es una entidad privada sin ánimo de lucro. Mediante Acuerdo 38 de 1999, se autorizó al Alcalde Municipal para destinar un inmueble –Teatro Guillermo Valencia– a la Fundación Teatro Guillermo Valencia, mediante contrato de comodato, con el objeto de fomentar las actividades culturales y artísticas propias de su naturaleza, y para que provea el adecuado mantenimiento del Teatro. Mediante el Acuerdo en mención, el Concejo Municipal de Popayán establece que el Alcalde Municipal realizara inspección y vigilancia a través de una interventoría a la explotación del inmueble y que la Contraloría Municipal ejercerá el debido control sobre la Fundación. La Fundación obtiene los recursos para su administración y mantenimiento de los espectáculos culturales que realizan en forma independiente, y en algunas ocasiones por la suscripción de convenios con el Municipio de Popayán, quien traslada recursos a la Fundación para el mantenimiento del inmueble.

Otra de las entidades sujetas de control por esta entidad, y que se encuentra en revisión, es el Cuerpo de Bomberos voluntarios de Popayán, entidad sin ánimo de lucro de derecho privado de utilidad común, con régimen tributario especial, que obtiene sus recursos por una parte, de una contribución bomberil establecida mediante Acuerdo Municipal 035 de 1999, la cual se cancela voluntariamente por parte de la ciudadanía en un recibo anexo al recibo telefónico, y por otra parte obtienen sus recursos de las actividades comerciales propias que realizan (venta de extintores).

De lo expuesto, este despacho se interroga:

- ¿Las Fundaciones en mención pueden ser excluidas de la resolución que integran los sujetos de control obligados a rendir la cuenta anualmente, en atención a que como Fundaciones, los recursos que ingresan por actividades culturales no son recursos públicos? Se podría en este caso y para estos recursos y bienes públicos, realizar el control fiscal a las entidades como la Empresa de Telecomunicaciones Emtel S.A. E.S.P., la Empresa de Acueducto y Alcantarillado y la Alcaldía Municipal de Popayán, que son las que autorizan la destinación de los recursos a estas Fundaciones?

- ¿A la Fundación Teatro Guillermo Valencia, se podría realizar control fiscal solo sobre el uso, cuidado y destinación del bien inmueble de propiedad del Municipio (Teatro), sin realizar control a las ingresos que se obtienen de su uso? O en el momento que se realiza control fiscal de los bienes de propiedad del Municipio de Popayán este podría estar integrado?

Edificio El CAM, 2do. Patio Tels: 8241010 – 8242390 Fax 8240414 Email:  
cmunpopayán@hotmail.com  
Popayán – Colombia



## CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYAN

*"Porque los bienes públicos son sagrados...  
participe en su fiscalización"*

---

- ¿El Decreto 111 de 1996 es aplicable al Cuerpo de Bomberos Voluntarios?
- Que sistema presupuestal es aplicable a esta entidad?
- ¿El Control Fiscal que se debería realizar sobre el Cuerpo de Bomberos Voluntarios debería ser solo de los ingresos y gastos de la contribución bomberil o integral? Si el Cuerpo de Bomberos Voluntarios no tienen separadas sus cuentas (ingresos por contribución bomberil y ingresos de actividades comerciales propias) que alcance debería tener el control fiscal que se realiza por esta Contraloría?
- ¿Podrían ser excluidas las entidades particulares de la obligación de rendir la cuenta anual a este ente de control y efectuar el control fiscal desde las auditorías que se practiquen a los sujetos de control que destinan los recursos sin ser excluidas como particular que maneje o administre recursos públicos sujetos de una investigación fiscal?

Agradezco su valiosa colaboración.

Atentamente,

  
MARIA FERNANDA ERAZO GARCIA  
Secretaria General



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20091100043031

Fecha: 15-09-2009

4421906931-CO

OJ -110.071.2009 16 SET. 2009

Bogotá,

Doctora  
**MARIA FERNANDA ERAZO GARCIA**  
Secretaria General  
Contraloría Municipal de Popayán  
Edificio el CAM 2° Patio  
Popayán

Referencia: 2009-233-004062-2  
Fundaciones como sujetos de control.

Respetado doctora Maria Fernanda,

Esta oficina recibió su consulta donde plantea los siguientes interrogantes:

*"Las Fundaciones en mención pueden ser excluidas de la resolución que integran los sujetos de control obligados a rendir la cuenta anualmente, en atención a que como fundaciones, los recursos que ingresan por actividades culturales no son recursos públicos? Se podría en este caso y para estos recursos y bienes públicos, realizar control fiscal a las entidades como la Empresa de Telecomunicaciones Eutel S.A; E.S.P., la Empresa de Acueducto y Alcantarillado y la Alcaldía Municipal de Popayán, que son las que autorizan la destinación de los recursos a estas Fundaciones? - A la Fundación Teatro Guillermo Valencia, se podría realizar control fiscal solo sobre el uso, cuidado y destinación del inmueble de propiedad del Municipio (Teatro), sin realizar control a los ingresos que se obtienen de su uso? O en el momento que se realiza control fiscal de los bienes de propiedad del Municipio de Popayán este podría estar integrado?-El Decreto 111 de 1996 es aplicable al cuerpo de bomberos voluntarios?- Que sistema presupuestal es aplicable a esta entidad? - ¿El Control Fiscal que se debería realizar sobre el Cuerpo de Bomberos Voluntarios debería ser solo de los ingresos y gastos de la contribución o integral? Si el Cuerpo de Bomberos Voluntarios no tienen separadas sus cuentas (ingresos por contribución bomberil y ingresos de actividades comerciales propias) que alcance debería tener el control fiscal que se realiza por esta Contraloría?  
¿Podrían ser excluidas las entidades particulares de la obligación de rendir la cuenta*

*Definición*  
Sept. 16/09

16 SET. 2009

*anual a este ente de control y efectuar el control fiscal desde las auditorias que se practiquen a los sujetos de control que destinan los recursos sin ser excluidas como particular que maneje o administre recursos públicos sujetos de una investigación fiscal?*

Antes de entrar a resolver sus inquietudes es conveniente recordar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que le corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia. Por tanto se abordarán el tema de manera general.

Hecha la aclaración anterior para ofrecer una orientación a sus interrogantes es necesario hacer las siguientes precisiones de orden legal:

Sobre las Corporaciones y Fundaciones de Participación Mixta, el artículo 6° del Decreto 130 de 1976, establecía:

*"ARTICULO 6o. Sin perjuicio de lo que normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas para las corporaciones o fundaciones, según el caso, en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes."*

El mencionado artículo fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-372/94, en la que expresó:

*"La asignación de un capital público a una fundación que cuente también con aportes privados, se enmarca dentro de los criterios de donación o auxilio sancionados por el artículo 355 superior, para la Corte esa liberalidad desconoce el espíritu del Constituyente por tratarse de una facultad sin control fiscal alguno. Pues una vez realizada la transacción económica por parte del Estado en favor de la fundación de capital mixto, ésta podrá disponer de esos bienes de conformidad con su libre albedrío y sin ningún tipo de observancia por parte de los entes fiscalizadores competentes. Tamaña facultad implica, ni más ni menos, abrir una puerta a espaldas de la Constitución Política para que se destinen los recursos del Estado a fines censurables que desconozcan de paso la vigencia del Estado social de derecho, la prevalencia del interés general y la búsqueda constante y necesaria de un orden social justo. Por lo anterior, la Corte se verá en la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, por cuanto permite que se manejen los recursos públicos con criterios de derecho privado y adecuados, no con la justicia distributiva, sino conmutativa, con lo cual se omite la presencia del interés general en los recursos públicos, así como su prevalencia natural. La declaración de inexecutable del artículo 6o. del Decreto 130 de 1976 por parte de esta Corporación, significa que, en adelante, las entidades privadas o mixtas sin ánimo de lucro que se someten a un régimen de derecho privado sólo podrán adelantar sus tareas, y por ende recibir capital estatal, si celebran un contrato con el Gobierno Nacional, en los términos del artículo 355 de la Carta y de la reglamentación que se expida por parte de la rama ejecutiva del poder público."*

(...)

La declaración de inexecutable del artículo 6o. del Decreto 130 de 1976 por parte de esta Corporación, significa que, en adelante, las entidades privadas o mixtas sin ánimo de lucro que se sometan a un régimen de derecho privado sólo podrán adelantar sus tareas, y por ende recibir capital estatal, si celebran un contrato con el Gobierno Nacional, en los términos del artículo 355 de la Carta y de la reglamentación que se expida por parte de la rama ejecutiva del poder público.

Ahora bien, el señalado contrato debe estar conforme a los postulados del Plan Nacional de Desarrollo, el cual, hasta al momento no ha sido proferido por el Congreso de la República. Conviene entonces cuestionarse cuál es la situación jurídica de aquellas entidades de derecho privado que recibían aportes provenientes de capital público y que cumplían con algunas de las obligaciones esenciales del Estado, necesarias para la preservación de los derechos fundamentales de los asociados. Al respecto, la Corte Constitucional considera que, en virtud del vacío jurídico existente, las entidades a las que se ha hecho referencia, entre ellas las creadas con base en el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976, podrán suscribir los contratos correspondientes con el Estado, los cuales deberán consultar el espíritu de la Carta Política e, igualmente, deberán ajustarse en su debida oportunidad a los principios que se determinen en el Plan Nacional de Desarrollo." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La Ley 42 de 1993 "Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.", establece:

"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 8o. de la presente Ley.

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

PARÁGRAFO 1o. En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el estado participa la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.

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 22. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> La vigilancia fiscal en las entidades de que trata el Decreto 130 de 1976, diferentes a las de economía mixta, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo se aplicará lo previsto en el artículo anterior."

Es preciso mencionar que la H. Corte Constitucional en sentencia C-065/97 al estudiar la

constitucionalidad del artículo 22 de la ley 42 de 1993, se pronunció en el siguiente sentido:

*“Únicamente para efectos de este artículo, por participación se debe entender la entrega de dineros u otros recursos que el Estado efectúa para integrar el capital social y para convertirse en socio de una entidad, mientras que **el término aporte hace referencia a aquellas entregas de dineros o recursos estatales que no entran a formar el capital social sino que se efectúan para el cumplimiento de un proyecto o programa específico, es decir de un contrato.** Esta interpretación no sólo recoge la voluntad histórica del Legislador sino que, además, es la que permite darle efectos a la disposición. Se deduce que cuando la norma dice que en el caso de las participaciones estatales la vigilancia fiscal se llevará a cabo teniendo en cuenta lo previsto en el artículo anterior, esto es la forma como se lleva a cabo la vigilancia fiscal en las sociedades de economía mixta, debemos entender que se está refiriendo a aquellas entidades en que el Estado ha entregado dineros que vienen a formar parte del capital de la entidad, cosa que sucede en las sociedades constituidas entre entidades públicas, las asociaciones entre entidades públicas y las corporaciones y fundaciones de participación mixta, constituidas antes de la sentencia C-372 de 1994. Cuando, por el contrario, la norma se refiere al caso de los aportes del Estado, comprende cualquier otra situación en que dineros públicos son entregados para financiar proyectos, caso en el cual, al tenor de la disposición, la vigilancia fiscal se limita hasta la entrega de los fondos.”*

Es importante aclarar que en la actualidad la legislación vigente en materia de fundaciones es la prevista en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998,<sup>1</sup> que se refiere a la constitución de fundaciones para el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares y también señala que se hará a través de la celebración de convenios de asociación en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.

<sup>1</sup> ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PUBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los contenidos y funciones que les asigne a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexión con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;
- b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;
- c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;
- d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;
- e) La duración de la asociación y las causales de disolución.

De acuerdo con la normatividad citada y la jurisprudencia sobre el tema, se puede colegir que cuando una entidad privada sin ánimo de lucro recibe dineros del Estado hay que distinguir entre dos conceptos que son determinantes para el ejercicio del control fiscal de estos recursos, que son el de aporte y el de participación. El aporte se entiende como aquella suma de dinero entregada por el Estado a través de un contrato con el objeto de financiar un proyecto o programa específico y que nunca entra a formar parte del capital de la entidad a la cual se le hace entrega y por tanto la vigilancia se limita hasta la entrega de los fondos.

De otro lado, el concepto de participación se presenta cuando los recursos públicos que se entregan entran a formar parte del capital de la entidad privada, en este caso procede la vigilancia fiscal sobre la entidad que recibe recursos públicos pues se convierte en sujeto de control fiscal teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social.

Es importante destacar que a partir de la sentencia C-372 de 1994, las entidades privadas o mixtas sin ánimo de lucro, solo pueden recibir recursos del Estado en virtud de la celebración de contratos en los términos establecidos en el artículo 355 de la Constitución Política, es decir que la entrega de recursos a cualquier fundación se hace en calidad de aporte y de conformidad con esto se debe cumplir con la vigilancia.

En conclusión:

- Siempre que se entreguen recursos públicos a una entidad independiente de su naturaleza pública o privada deben someterse a vigilancia fiscal por ser recursos de la comunidad.
- Cuando se trata de Fundaciones, el capital estatal recibido es en calidad de aporte y se debe realizar a través de un contrato.
- La vigilancia a dichos recursos se limita hasta la entrega del aporte.

Con las anteriores consideraciones se espera haber aclarado sus inquietudes.

El presente concepto, se emite en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo,

Cordialmente,



**MARIANA GUTIERREZ DUEÑAS**  
Directora Oficina Jurídica

Elaboró: María Katherine Ramírez Navarrete  
Abogada O.J. - AGR