



CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYAN

"Porque los bienes públicos son sagrados..."

participe en su fiscalización"

Popayán, diciembre 09 de 2009

DC No. 1581

Doctor
IVAN DARIO GOMEZ LEE
Auditor General de la República
Bogotá D.C.



Rad No 2009-233-006616-2

Fecha 16/12/2009 16:04:09

Us Rad. ACLOPATOFSKY

Asunto : SOLICITUD DE CONCEPTO

Destino : / Rem CIU CONTRALORIA MUNICIPAL DE P

www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

Reciba usted un cordial saludo.

El Terminal de Transportes de Popayán a través de su Gerente y representante legal **DIANA MARIA CORONEL DAVID**, por oficio de noviembre 24 de 2009 ha consultado a la Contraloría Municipal de Popayán que en vista que la Sociedad **TERMINAL DE TRANSPORTES DE POPAYÁN S.A.** ha cambiado su participación accionaria con el ingreso del **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCION Y DESARROLLO DE TULUA INFITULUA**, quien ostenta el 62.79% del capital social, ha quedado integrada por dineros públicos en mas de un 90%, situación esta que obliga a presentar informes y en caso afirmativo tipo y periodicidad del informe, según el ordenamiento jurídico vigente.

Asi mismo por escrito GE 01808 de noviembre 30 de 2009 la misma Gerente y Representante legal ha comunicado a la Contraloría Municipal de Popayán sobre un hallazgo de presuntas inversiones con TES que estaban registradas en el balance general de la Sociedad que se realizaron en el año 2008 cuando existía como accionista mayoritario la Sociedad **DESARROLLO DE NEGOCIOS S.A.** quien fuera reemplazada inicialmente por la **FIDUCIARIA PETROLERA FIDUPETROL S.A.** y ahora por del **INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCION Y DESARROLLO DE TULUA INFITULUA**.

Sobre el particular, con toda atención me permito solicitar concepto sobre a cual de las entidades de control fiscal le corresponde ejercer dicho control en el **TERMINAL DE TRANSPORTES DE POPAYÁN S.A.**, teniendo en cuenta que venia siendo una empresa privada con socio mayoritario particular en la firma **DESARROLLO DE NEGOCIOS S.A.** representada en su momento por **GERMAN ENRIQUE SERRANO REYES** y ha cambiado su participación accionaria con el ingreso de **INFITULUA**, con el 62.79% y además las siguientes consideraciones:

OBJETO SOCIAL : La prestación de un servicio publico para contribuir a la organización y mejoramiento del servicio de transporte de la ciudad de Popayán, para efectos urbanísticos de racionalización de la actividad transportadora,

Edificio El CAM, 2do. Patio Tels: 8241010 – 8242390 Fax 8240414 Email:

cmunpopayán@hotmail.com

Popayán - Colombia

15 DIC 2009

16/12/09



CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYAN

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

mediante la construcción y explotación de un Terminal de Transporte en esta ciudad y por medio de la organización de servicios de oficinas de turismo, de correos, de telecomunicaciones, guarda equipajes, restaurantes, locales comerciales, expendio de tiquetes, parqueaderos y demás servicios que guarden relación de medio a fin con el objeto social principal.

CAPITAL AUTORIZADO: \$ 2.500.000.000.00
CAPITAL SUSCRITO: \$ 2.346.219.700.00
VALOR NOMINAL DE LA ACCION: \$ 100.00
NUMERO DE ACCIONES: 25.000.000.00
ACCIONES SUSCRITAS Y PAGADAS: 23.462.197.00
VALOR NOMINAL DE LA ACCION: \$ 100.00
DOMICILIO SOCIAL: POPAYÁN
DOMICILIO JUDICIAL: POPAYÁN
MATRICULA MERCANTIL: 00002255
FECHA INICIAL MATRICULA: 9 DE MAYO DE 1974
DURACION: ABRIL 14 DE 2.064
DIRECCION: TV 9 # 4N-125 Oficina 201
POPAYAN

PARTICIPACION ACCIONARIA A DICIEMBRE 09 DE 2009:

ACCIONISTA	NUMERO ACCIONES	PARTICIPACION	NATURALEZA JURIDICA	OBSERVACIONES
INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO Y PROMOCION DE DESARROLLO TULUA INFITULUA	14.731.914	62.79 %	Es un establecimiento público de carácter municipal descentralizado de fomento y desarrollo con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente creado por el Concejo Municipal de Tuluá por Acuerdo No. 22 de noviembre 25 de 2004 y estatutos	Su objeto es contribuir al desarrollo socioeconómico del municipio de Tuluá y los Municipios del Centro del Departamento del Valle del Cauca, mediante la prestación de servicios de crédito y garantía, en favor de obras de servicio público que se adelanten en los municipios en mención. INFITULUA está adscrito a la

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"

			reformados y adicionados por el Acuerdo No. 31 de diciembre 7 de 2008.	Alcaldía de Tuluá, su domicilio principal es la ciudad de Tuluá y su duración es indefinida.	
DEPARTAMENTO DEL CAUCA		3.275.322	13.96 %	ENTIDAD PUBLICA	Los departamentos ejercen funciones administrativas de coordinación y complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes. (Inc 2 del Art. 298 de la CP)
MUNICIPIO POPAYÁN	DE	2.918.697	12.44 %	ENTIDAD PUBLICA	Entidad Fundamental de la División político administrativa del Estado que le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley entre otras funciones (Art. 311 de la C.P)
MINISTERIO TRANSPORTE	DE	2.327.450	9.92 %	ENTIDAD PUBLICA	El decreto 2053 de 2003 establece las funciones del Ministerio de Transporte en concordancia con el artículo 59 de la Ley 489 de 1998.
CENTRAL TRANSPORTES S.A.	DE	154.851	0.66 %	Es una sociedad de economía mixta.	CENTRALES DE TRANSPORTES S.A. - TERMINAL CALI domicilio en

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"

				la misma ciudad en la Calle 30N 2an-29 Piso 2 Of 312 es una sociedad de economía mixta debidamente constituida y registrada de acuerdo con las normas legales y vigilada por la Superintendencia de Puertos y Transporte.
CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A.	53.963	0.23 %	ENTIDAD DESCENTRALIZADA DEL ORDEN NACIONAL	Es una Empresa de servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica en el Cauca ESP
	23.462.197	100%		

Como se puede observar, por el domicilio el ente de control fiscal podría ser la Contraloría Municipal de Popayán; por el ámbito del servicio que es interdepartamental y nacional, podría ser la Contraloría Departamental del Cauca o la Contraloría General de la República; por sus accionistas, son socios, la Nación, Ministerio de Transporte (9.92%), el Departamento del Cauca (13.96%), el Municipio de Popayán (12.44%), un establecimiento público del orden municipal con ámbito de servicio en Tuluá y los Municipios del Centro del Departamento del Valle (62.79%), una sociedad de economía mixta (Terminal de Cali) y una entidad descentralizada del orden nacional que es una empresa de servicios públicos domiciliarios.

Por lo anotado, solicitamos a su Despacho en forma comedida, se estudie la situación jurídica del Terminal de Transportes de Popayán S.A. con el fin de establecer a quien le corresponde ejercer la vigilancia de la gestión fiscal por manejar o administrar recursos públicos de los patrimonios públicos territoriales y de la Nación y estar constituida mayoritariamente por entidades publicas.

Por su atención anticipamos nuestros agradecimientos.

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"

Del Sr. Auditor, con toda atención

Maria Susana Ramos de Constain

MARIA SUSANA RAMOS DE CONSTAIN

Contralora Municipal de Popayán

c.c. Dr. BERNARDO VALENCIA CASTILLO, Gerente Departamental Cauca
Contraloría General de la República.

Dr. ALVARO DE JESUS URBANO ROJAS Contralor Departamental del Cauca

MSRdC/.

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

01 FEB. 2010

YY 21907810 CO ^{copie}

6



¡Fortaleza del control fiscal!



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20101100003401
Fecha: 27-01-2010

Bogotá,

OJ -110.01.2010

Doctora
MARIA SUSANA RAMOS DE CONSTAIN
Contralora Municipal de Popayán
Contraloría Municipal de Popayán
Edificio el CAM 2° Patio
Popayán

Devolver Copia Firmada

Referencia: 2009-233-006616-2

Competencia para el ejercicio del Control Fiscal de sociedades cuyo capital esta compuesto por recursos provenientes de los diferentes niveles territoriales.

Respetada doctora Ramos:

Esta oficina recibió su consulta donde plantea lo siguiente: "...me permito solicitar concepto sobre a cual de las entidades de control fiscal le corresponde ejercer dicho control en el TERMINAL DE TRANSPORTES DE POPAYÁN S.A., teniendo en cuenta que venía siendo una empresa privada con socio mayoritario particular en la firma DESARROLLO DE NEGOCIOS S.A. representada en su momento por GERMAN ENRIQUE SERRANO REYES y ha cambiado su participación accionaria con el ingreso de INFITULUA, con el 62.79% y además las siguientes consideraciones:... Como se puede observar, por el domicilio el ente de control fiscal podría ser la Contraloría Municipal de Popayán; por el ámbito del servicio que es interdepartamental y nacional podría ser la Contraloría Departamental del Cauca o la Contraloría General de la República; por sus accionistas son socios, la Nación, Ministerio de Transporte (9.92%), el Departamento del Cauca (13.96%) el Municipio de Popayán (12.44%), un establecimiento público del orden municipal con ámbito de servicio en Tulúa y los Municipios del Centro del Departamento del Valle (62.79%) una sociedad de economía mixta (Terminal de Cali) y una entidad descentralizada del orden nacional que es una empresa de servicios públicos domiciliarios.

OTRC

Requiere
3 de Febrero 2010

01 FEB 2010

Por lo anotado, solicitamos a su Despacho en forma comedida se estudie la situación jurídica del Terminal de Transportes de Popayán S.A. con el fin de establecer a quien le corresponde ejercer la vigilancia de la gestión fiscal por manejar o administrar recursos públicos de los patrimonios públicos territoriales y de la Nación y estar constituida mayoritariamente por entidades públicas.”

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 ende se abordará el tema de manera general, en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Hecha la aclaración anterior es necesario realizar las siguientes precisiones:

1. Control Fiscal

Sin duda la sociedad a la que hace referencia en su consulta es sujeto de control fiscal por manejar recursos públicos. Lo anterior según lo establecido en la normatividad referente al control fiscal que señala que se entiende por control fiscal y quienes son sujetos de control, así:

La Constitución Política de 1991 en sus artículos 267 y 272 al respecto dispone:

“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.”

“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. (...)”

De igual forma el Decreto Ley 267 de 2000, por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, en su artículo 4º determina, que son sujetos de vigilancia y control fiscal las entidades públicas nacionales o territoriales que administren bienes o recursos nacionales o que tengan su origen en la Nación.

Por su parte, la Ley 42 de 1993, señala como sujetos de control fiscal a quienes manejen fondos o recursos públicos:

“ARTÍCULO 2o._Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e Independientes como los de control
mjer”

y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República."

De acuerdo con la normatividad antes transcrita, el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos públicos, sin importar la naturaleza, ni el régimen jurídico de la entidad o persona pública o privada, que realiza la función. Así mismo se observa la regla general de competencia para el ejercicio del Control Fiscal, la Contraloría General de la República ejerce vigilancia sobre aquellos bienes o recursos de la Nación y las contralorías territoriales efectúan la vigilancia de los recursos públicos dentro de su respectiva jurisdicción. Sin embargo para el caso objeto de consulta es preciso realizar un análisis más detallado como a continuación:

2. Competencia para el ejercicio del Control Fiscal de sociedades cuyo capital esta compuesto por recursos provenientes de los diferentes niveles territoriales.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto con radicado 1662 de 2005, sobre el asunto, expresó:

"La respuesta debe partir de dos reglas jurídicas tradicionales en la legislación colombiana en cuanto a las personas jurídicas. La primera, contenida en el artículo 63⁷ del Código Civil, según el cual "lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen"; la segunda, consagrada en el artículo 98, inciso segundo del Código de Comercio: "La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados."

La sociedad como persona jurídica, es sujeto del control fiscal, sin consideración a la ubicación que en la administración tengan las personas públicas que se han asociado y aportado el capital, dado que tiene un patrimonio autónomo y es un sujeto de derechos y obligaciones diferente de sus socios. Como se expuso, esta persona pública hace parte de una determinada administración, sea de la nacional, de una departamental o municipal. En caso de participar entes de diferentes

7

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

J. J. J. J.

niveles territoriales, en los estatutos debe definirse aquel en el que se encuentra la sociedad.

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

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

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

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

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

Así mismo, las contralorías territoriales tienen definido su campo de acción por el ámbito de su jurisdicción según el artículo 272 de la Constitución Política antes transcrito, el cual abarca no sólo las entidades que conforman la administración pública a su nivel, sino aquellas en las que participen cuyo domicilio se encuentre

mp/enc

en su jurisdicción. Obviamente no ejercerán su vigilancia sobre aquellas sociedades que ejerzan su objeto más allá del territorio y tengan su domicilio en otro lugar.

Como el objeto que desarrollan estas sociedades no está vinculado exclusivamente con la población o usuarios de la jurisdicción territorial en que el resto de la administración pública tiene competencia, para efectos del control fiscal se debe seguir la regla del domicilio principal de sus negocios, dada la imposibilidad de vincular el ejercicio de sus funciones con uno o varios de sus socios en particular. (...)

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

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

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

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

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

Vale la pena traer a colación las conclusiones expresadas por el Dr. Iván Darío Gómez Lee, en su libro Control Fiscal y Seguridad Jurídica Gubernamental respecto de la posición del Consejo de Estado en este asunto, así:

gizac

11

“Según este criterio del Consejo de Estado se adoptan los lineamientos legales, comerciales y civiles en materia de los órganos públicos que son competentes para conocer las controversias de una sociedad, de los cual surgen tres reglas principales: 1. Las empresas y sociedades en las que participan entidades de varios niveles territoriales, sin participación de nación, y el desarrollo de su objeto social se lleve a cabo exclusivamente en la jurisdicción territorial de una de ellas, el control fiscal lo debe ejercer la Contraloría en el ámbito territorial de ejecución de sus actividades. 2. Si el objeto social lo desempeña en todo el territorio nacional, el control fiscal lo ejerce la contraloría territorial del domicilio de la sociedad, y 3. Lo anterior dejando a salvo la posibilidad de control prevalente por parte de la Contraloría: Como quedo explicado, el control se hace sobre la gestión fiscal de la sociedad, y por ende incluye los eventuales procesos de responsabilidad.”¹

En consecuencia de acuerdo con lo antes expuesto y lo planteado en la consulta se considera que se debe seguir la regla del domicilio principal de los negocios de la sociedad, sin que se afecte el control prevalente que pueda llegar a ejercer la Contraloría General de la República.

Con el anterior concepto espero haber resuelto su interrogante.

Cordialmente,


LUZ JIMENA DUQUE BOTERO
Directora Oficina Jurídica (AF)

Elaboró: María Katherina Ramírez Navarrete
Abogada O.J. – AGR

¹ IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE, Control Fiscal y seguridad jurídica gubernamental .Ed. Universidad del Externado 2006. Pág. 157.