

Bogotá D.C.,
110



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202400282
Fecha: 8 de febrero de 2024 11:57:21 AM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: Peticionario

Doctora
MARÍA FERNANDA MAFLA ERAZO
maflayasociados@hotmail.com

Referencia: Concepto 110.006.2024
SIA-ATC. 012024000061
1. *De las sociedades de economía mixta*
2. *De la vigilancia y el control fiscal en las sociedades de economía mixta*

Respetada doctora María Fernanda:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en oficio del 23 de enero de 2024, allegado mediante correo electrónico de la misma fecha, radicado en la AGR el mismo día con el número 2101-202400158 bajo el SIA-ATC. 012024000061, en el que consulta lo siguiente:

«1. Una empresa de economía mixta sin animo (sic) de lucro, realiza convenios administrativos o contratos con la Gobernación, municipios y otras entidades públicas y privadas

Solicito a su despacho un CONCEPTO sobre lo siguiente:

1. Si tengo una relación jurídica que nace de un contrato o convenio interadministrativos, pero a su vez yo realizo contratación privada laboral o de prestación de servicios con otras personas.

PREGUNTA:

A. Para rendir (sic) a la entidad pública debo pedirle a mis contratistas (suministro, compra venta, prestación de servicios jurídicos o naturales) que me entreguen documentos contables como comprobantes de egreso, recibos y demás (información contable) de ellos con terceros, violentando el contenido sumario de su contabilidad como empresas comerciales que no están regidas por el derecho público?

B. Las contralorías municipales o departamentales, pueden pedirles comprobantes de egreso, recibos de caja y demás documentación a un tercero que ha contratado con la empresa de economía mixta que a su vez contrato con la entidad municipal, departamental o estatal, esta empresa es privada. Lo anterior, no violaría la restricción que existe sobre lo que debe ser publico de una contabilidad y que no? Se violarían los derechos de la empresa privada?»

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta 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 (contralorías y fondos de bienestar social de las mismas) o de sus sujetos de vigilancia, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a nuestra vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...)» (Negrilla fuera de texto).

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», es función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta abordando los siguientes temas: i) De las sociedades de economía mixta; ii) De la vigilancia y el control fiscal en las sociedades de economía mixta; y iii) De la contratación del control interno.

1. De las sociedades de economía mixta

La 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», establece:

«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.» (Resaltamos en



negrilla)

Esta Ley define las sociedades de economía mixta en los siguientes términos:

«Artículo 97. Sociedades de economía mixta. Las sociedades de economía mixta son 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 de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

[Inciso segundo declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-953-99]

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.»

Norma concordante con las siguientes del Decreto 410 de 1971 «Por el cual se expide el Código de Comercio»:

«Artículo 461. Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.»

«Artículo 462. En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación; el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos administrativos, para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre la misma.»

La Corte Constitucional en la sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007 se pronunció respecto de las sociedades de economía mixta en los siguientes términos:

«3.2.2 *La pertenencia de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva del poder público.* En primer lugar, la Corte repara en que las sociedades de economía mixta son mencionadas en la Constitución a propósito de las atribuciones (del Congreso, asambleas o concejos) de “determinar la estructura de la Administración.” Ciertamente, los artículos 150 numeral 7, 300 numeral 7 y 313 numeral 6 tienen como elemento común el conceder facultades a esos órganos colegiados para ese concreto propósito.^[18] De donde se deduce que la Constitución incluye a las sociedades de economía mixta dentro de la “estructura de la Administración”.

(...)

Ahora bien, la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: **(i) que están sujetas a un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados^[25]; (ii) que están sujetas a un**



control político, que ejerce directamente el Congreso de la República en virtud de lo reglado por el último inciso del artículo 208 de la Constitución Política^[26]. (iii) que de conformidad con lo prescrito por el artículo 150 numeral 7, según el cual al Congreso le corresponde “*crear o autorizar la constitución de ... sociedades de economía mixta*” del orden nacional, su creación o autorización tiene que producirse mediante ley. Correlativamente, en los órdenes departamental y municipal esta misma facultad se le reconoce a las asambleas y concejos, según lo prescriben los artículos 300 numeral 78 y 313 numeral 6, respectivamente, por cual en dichos niveles las empresas de servicios públicos que asumieran la forma de sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas mediante ordenanza o acuerdo, según sea el caso; (iv) que les son aplicables las inhabilidades para la integración de órganos directivos a que aluden los artículos 180-3^[27], 292^[28] y 323^[29] de la Carta; (v) que en materia presupuestal quedan sujetas a las reglas de la ley orgánica del presupuesto^[30]; (vi) que en materia contable quedan sujetas a las reglas de contabilidad oficial^[31];

Estas consecuencias derivadas de la vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva han sido destacadas por la jurisprudencia de esta Corporación, que al respecto ha vertido los siguientes conceptos:

“... 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 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.*”^[32] [Negrilla del texto]

(...)

A partir de estas normas legales puede establecerse que hoy en día los elementos configurativos de las sociedades de economía mixta son (i) creación o autorización legal;^[37] (ii) carácter de sociedades comerciales; (iii) su objeto social es el cumplimiento de actividades industriales y comerciales, con ánimo de lucro; (iv) sujeción a las reglas de Derecho Privado, “salvo las excepciones que consagra la ley”; (v) capital integrado por aportes del Estado y de particulares, en cualquier proporción; (vi) vinculación a la Rama ejecutiva como integrante del sector descentralizado y consecuente sujeción a controles administrativos.» (Resaltamos en negrilla)

Igualmente, en la sentencia C-118 del 14 de noviembre de 2018 la Corte Constitucional se pronuncia de manera más amplia sobre estas sociedades, así:

«38.- Las sociedades de economía mixta son una manifestación de la descentralización que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1º de la Carta Política, constituye un pilar de la organización del Estado Colombiano. Este principio “(...) consiste en la facultad que se otorga a entidades diferentes del Estado para gobernarse por sí mismas”^[68] y se presenta en diversas modalidades, a saber: territorial, por



servicios, por colaboración y por estatuto personal.

La descentralización por servicios es la modalidad, a través de la cual, el Estado le concede a entidades no territoriales la competencia para ejercer actividades especializadas y que requieren un alto grado de tecnificación. Por regla general, esta medida se adelanta a través del otorgamiento de competencias a los establecimientos públicos, las sociedades de economía mixta, las corporaciones autónomas regionales, y las empresas industriales y comerciales del Estado.

39.- En particular, las sociedades de economía mixta surgen de una necesidad del Estado de adelantar labores que superan la función administrativa en estricto sentido^[69], y la consecuente adopción de herramientas que permitan que el ejercicio de actividades especializadas sea eficaz y genere beneficios. En efecto, la figura en mención permite la asociación entre capitales públicos y particulares, con el propósito de desarrollar actividades industriales y comerciales, en cuyo ejercicio el Estado, en su calidad de socio, se despoja de sus prerrogativas y concurre al mercado como un competidor más.

40.- En atención a las específicas necesidades que subyacen a estos entes, el Legislador los revistió de características que permiten, de un lado, la adecuada asociación y, de otro, el ejercicio efectivo del objeto social. Por ejemplo, el artículo 461 del Código de Comercio precisa: (i) la forma de asociación, a través de la creación de una sociedad comercial; (ii) el tipo de aportes, que incluye públicos y privados^[70], y (iii) el régimen jurídico, por regla general de derecho privado.

En relación con la forma de asociación, la jurisprudencia constitucional ha señalado que para la creación de la sociedad es necesaria tanto la autorización emitida por el Congreso de la República, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal o Distrital correspondiente, como la celebración del contrato de sociedad con los particulares y su protocolización, pues la concurrencia de estos sujetos es uno de los elementos definitorios de estas entidades^[71].

Con respecto a los aportes, se ha indicado que la categoría de “mixtas” se deriva de la concurrencia de recursos estatales y particulares, y justamente esta característica “(...) 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.”^[72]

En cuanto al régimen jurídico, esta Corporación ha destacado que se trata de un aspecto que no fue desarrollado por la Constitución y, por ende, hace parte del amplio margen de configuración del Legislador en la organización de la administración estatal^[73].

41.- Por su parte, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 reiteró los elementos descritos y adicionalmente previó: (iv) un requisito de existencia, de acuerdo con el cual, las sociedades deben ser creadas o autorizadas por ley; y (v) el objeto social, específicamente el desarrollo de actividades de naturaleza industrial o comercial.

El presupuesto de creación descrito tiene origen constitucional, pues los artículos 150.7; 300.7 y 313.6 Superiores desarrollan las competencias del Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos en el diseño de la estructura de la administración nacional, departamental, distrital y municipal respectivamente, las cuales incluyen la facultad de crear o autorizar sociedades de economía mixta en los niveles correspondientes.



Finalmente, con respecto al objeto social, es necesario precisar que el desarrollo de actividades altamente especializadas de naturaleza industrial o comercial, en las que estas entidades concurren al mercado en las mismas condiciones que los otros competidores, justifican los rasgos de esas sociedades. La participación del Estado se adelanta en calidad de socio y tiene un fin de lucro, que se concreta en la distribución de las utilidades derivadas del ejercicio de la actividad social.

42.- Ahora bien, en cuanto a la ubicación de las sociedades de economía mixta en la estructura de la administración pública, esta Corporación ha advertido que a pesar de su autonomía jurídica están vinculadas a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Esta circunstancia tiene las siguientes implicaciones para dichas entidades: **(i) son objeto de control fiscal, que se adelanta por la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el artículo 267 Superior;** (ii) están sujetas a control político, el cual es ejercido por el Congreso de la República, según el artículo 208 de la Constitución Política; (iii) la integración de sus órganos directivos se somete al régimen de inhabilidades previsto en los artículos 180-3, 292 y 323 de la Carta Política; (iv) se rigen por las reglas de la ley orgánica del presupuesto; y (vi) deben observar las normas de contabilidad oficial.^[74]

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha destacado que si bien las sociedades de economía mixta están revestidas de algunas de las características de los entes comerciales **no son particulares, ya que manejan recursos públicos**, hacen parte de la estructura de la Administración Pública y están vinculadas al sector descentralizado por servicios.^[75]

43.- En síntesis, las sociedades de economía mixta son una de las manifestaciones del principio de descentralización por servicios, a través de las cuales el Estado se asocia con particulares para el ejercicio de actividades de tipo comercial e industrial. Estas entidades requieren autorización del Legislador para su creación y **en ellas concurren aportes públicos y privados, los cuales determinan, de un lado, el carácter de entidades públicas y las medidas de control** y, de otro, el revestimiento de especiales condiciones de funcionamiento, tales como la sujeción al régimen del derecho privado.» (Resaltamos en negrilla)

2. De la vigilancia y el control fiscal en las sociedades de economía mixta

La Constitución Política de Colombia de 1991 en su artículo 267 modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019, establece respecto de la función pública de vigilancia y control fiscal:

«Artículo 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.
(...) ». (Negrilla fuera de la norma)

El Decreto-Ley 403 de 2020 «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal», establece:

«Artículo 2. Definiciones. Para los efectos de la vigilancia y el control fiscal se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:



(...)

Sujeto de vigilancia y control: Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y **cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con éstos.** (...)» (Resaltamos en negrillas)

La Ley 42 de 1993 «Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen», establece la vigilancia de las sociedades de economía mixta así:

«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 participe 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.»¹

La Corte Constitucional en la sentencia C-736 del 19 de septiembre de 2007, sobre el control fiscal a las sociedades de economía mixta, dijo:

«Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita [artículo 267 de la CP] se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las “entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la Empresas de Servicios Públicos 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.

(...)

De este modo, así como se puede intervenir lo ajeno, la propiedad privada, con mayor razón el Estado está en todo su derecho de intervenir, controlar, vigilar y fiscalizar lo propio. Esto hace parte de la definición de Estado Social de Derecho, que puede intervenir en las sociedades de economía mixta.»

Sobre el mismo tema, en la sentencia C-118 del 14 de noviembre de 2018, esta Alta Corte dijo:

«Por su parte, la sentencia C-529 de 2006⁽⁷⁹⁾ decidió el cargo formulado en contra del artículo 2º parcial de la Ley 42 de 1993, que incluía a las sociedades de economía mixta como sujetos de control fiscal, por la violación de los artículos 2º, 119, 121, 268 (numerales 1º, 2º, 4º y 12) y 333 de la Constitución

¹ Norma objeto de reviviscencia por la Corte Constitucional en sentencia C-237 de 2022 ante la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 45 a 52 del Decreto-Ley 403 de 2020.



Política. Para el demandante, la norma acusada comportaba un exceso en las facultades de la Contraloría e imponía una carga desproporcionada a las sociedades de economía mixta, incompatible con el ejercicio de libertad económica.

La Corte consideró que el control fiscal cuestionado es necesario y se ajusta a la Carta Política, debido a que las sociedades de economía mixta están conformadas con recursos públicos, vinculadas a la administración pública y cuentan con un régimen jurídico particular que les otorga la condición de instrumentos para la consecución de los fines del Estado.

Asimismo, precisó que ese tipo de inspección no es incompatible con la libertad económica y que el actor construyó el cargo a partir de una visión descontextualizada del control fiscal, ya que este es imperativo e ineludible para las democracias interesadas en la protección del patrimonio del Estado y en que los recursos públicos se destinen a la consecución de los fines estatales.»

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto 990 del 24 de septiembre de 1997, ratificado en el concepto 1007 del 1º de octubre de 1997, respecto de la competencia de los órganos de control fiscal, incluye a las sociedades de economía mixta, anotando:

«La competencia para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal está distribuida entre las contralorías General de la República, departamentales, distritales y municipales, con base en varios criterios consignados en la Constitución Política y desarrollados en la ley. Esos criterios pueden resumirse en:

1. Según la pertenencia de los fondos o bienes. Conforme al inciso 1º del artículo 267 de la Constitución Política corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de los fondos o bienes de la nación.
2. Según el nivel de la entidad dentro de la estructura del Estado. El artículo 272 de la Constitución dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y a las contralorías departamentales incumbe la de los municipios que carezcan de dicho órgano de control, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.
3. Según el arbitrio legislativo. Los artículos 267 y 272 de la Constitución prevén que la ley, esto es, el legislador determine los casos especiales, en que la vigilancia de la Contraloría, se puede realizar por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. Así mismo, se defiere a la ley la fijación de los casos excepcionales en los que la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La ley 42 de 1993 comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal.

Por administración nacional, se entiende según la misma ley, los órganos que integran las ramas legislativa y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración en el nivel nacional, 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, las personas jurídicas y




cualquier otro tipo de organización o sociedad que manejen recursos del Estado en lo relacionado con éstos.

En el orden territorial, pertenecen a la administración departamental o municipal los organismos que integran la estructura del respectivo nivel y las entidades del correspondiente orden enumeradas en el párrafo anterior.

El criterio para asignar la competencia de la vigilancia de la gestión fiscal, fundamentado en el nivel de la entidad dentro de la estructura del Estado; esto es, nacional, departamental y municipal, parte del supuesto de que las entidades y organismos públicos están adscritos a los mismos niveles. Sin embargo, la Constitución Política prevé otras entidades territoriales, como son los territorios indígenas, y defiere a la ley la potestad de darles el carácter de tales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la misma y de la ley.»

Esta misma Sala en el concepto radicado 1141 del 10 de septiembre de 1998, concluye:

«Es diferente, entonces, el tratamiento legal de la función de control, según se trate de participaciones del Estado en el capital social de distintas formas societarias, o de aportes. En la primera forma la vigilancia de la gestión fiscal comprende la evaluación de la actividad empresarial con el fin de establecer la observancia de los principios de legalidad, eficiencia, oportunidad, entre otros. En la segunda, la vigilancia se refiere al manejo específico de los recursos.»

Sobre el control fiscal a las sociedades de economía mixta, esta Oficina Jurídica se ha pronunciado en varios conceptos, de los cuales traemos a colación algunos de los más recientes:

Concepto 110.061.2021 (Radicado 20211100028491 del 8 de septiembre de 2021):

«Del anterior análisis es posible argüir que las sociedades de economía mixta, al igual que cualquier entidad estatal o particular que administre, use, gestione (entre otras acciones) dineros públicos, se encuentran sujetos a control fiscal sobre su gestión empresarial y solo en lo tocante a los aportes estatales. Para el caso de las sociedades con aportes estatales y privados del orden municipal, distrital o departamental, estas estarán sujetas al control de la Contraloría General de la Nación y de las contralorías territoriales, dependiendo del orden al que pertenezcan dichas entidades, quienes determinarán la forma en que estos sujetos deberán rendir cuenta para el efectivo control.»

Concepto 110.003.2022 (Radicado 20221100003131 del 8 de enero de 2022):

«i) Las sociedades de economía mixta son organizaciones pertenecientes a la estructura administrativa del Estado (sea en el nivel nacional o en el nivel territorial) toda vez que han sido constituidas tanto con Aportes privados como con aportes públicos.

ii) Al pertenecer a la estructura administrativa del Estado, estas sociedades son sujetos del control fiscal por parte de la Contraloría General de la República o de las contralorías territoriales, según el nivel al cual pertenezcan, por el aporte público en su constitución; control fiscal que abarca la evaluación integral de la gestión empresarial a fin de establecer el cumplimiento de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.»



Concepto 110.012.2023 (Radicado 1102-202300591 del 20 de febrero de 2023):

- i) Las sociedades de economía mixta hacen parte de la organización del Estado dentro de la categoría de entidades descentralizadas conformadas con capital tanto privado como público por lo cual, son sujetos de la vigilancia y el control fiscal por parte de la contraloría respectiva al nivel y territorio que pertenezcan y consecuentemente son responsables del pago de la tarifa de control fiscal o cuota de auditaje.
- ii) La vigilancia y control fiscal se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, es decir, que tal función recae solamente sobre los recursos públicos involucrados; igualmente, en caso de determinarse responsabilidad fiscal ante un detrimento patrimonial, la misma se aplicará solo respecto al porcentaje de participación pública, es decir, excluyendo la participación privada.

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República en el concepto CGR-OJ-071-2019 (2019EE0065227 del 31 de mayo de 2019), respecto del control fiscal a las sociedades de economía mixta, dijo:

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

Teniendo en cuenta lo mencionado, es dable inferir que la vigilancia y el control fiscal se ejercen sobre los fondos y bienes públicos independientemente de quien se encuentre administrándolos, es decir, sea entidad pública, privada, mixta, persona natural o cualquier otra figura jurídica. De allí que, en donde haya recursos públicos se deberá ejercer el respectivo control y vigilancia fiscal.

Así las cosas, y aplicado al caso de las sociedades de economía mixta, es menester manifestar que el control y vigilancia fiscal, se hará evaluando la gestión empresarial en atención a la participación de los recursos públicos y el nivel territorial al cual éstos pertenezcan.

(...)

No sobra indicar también, que el control fiscal micro se ejerce sobre todas las entidades del Estado que manejan o administran fondos o bienes de la Nación, sin importar su naturaleza de pública o privada. El objetivo de este control es la revisión de cuentas, el cual genera toda la información, a partir de la cual se practican los demás sistemas de control, como el financiero, de legalidad, de gestión y resultados y la valoración de los costos ambientales.»

Dicha Oficina Jurídica en el concepto CGR-OJ-096-2021 (2021EE0096178 del 017 de junio de 2021), respecto al tema anotó:

«Como ya se explicó, las sociedades de economía mixta siempre tendrán en su patrimonio recursos de naturaleza pública y mientras esto sea así es claro que hará parte de la misma el Estado y por esta razón siempre serán objeto de diferentes controles por parte de aquel dentro de los cuales está el correspondiente al manejo y administración de dichos recursos competencia del órgano de control fiscal quien incurre en una serie de gastos en el ejercicio de tal vigilancia, lo que justifica la obligación del pago de la cuota de auditaje por parte de los sujetos de dicho control.



(...)

En ese orden de ideas, independientemente del porcentaje correspondiente a recursos públicos estos en ningún momento pierden su naturaleza jurídica aun cuando hagan parte de una sociedad de economía mixta que por disposición legal se regula por el régimen del Derecho Privado. Luego, que el Estado sea el socio minoritario no es justificación para abandonar el control sobre dichos recursos...

(...)

Tal como lo señala el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el daño que se produzca y por el cual se debe responder, se contrae al patrimonio de una entidad u organismo particular y concreto, como consecuencia del manejo y asignación también concreta de los recursos públicos.

Recuérdese que, en una entidad de carácter mixto, el Estado es socio para cuyo efecto entregó unos dineros en una cuantía y porcentaje y el control fiscal se ejerce de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del Decreto Ley 403 de 2020, por tanto, en la medida que esos recursos le confieren al Estado la calidad de accionista, se autoriza el ejercicio del control fiscal sobre la entidad.

No puede desconocerse la forma en que se ejerce la vigilancia y el control fiscal en este tipo de sociedades, pues el artículo 52 antes mencionado, determina que 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 de la gestión fiscal.

Contexto bajo el cual en el evento en que se genere un daño y que éste se hace exigible en cabeza del titular de la gestión fiscal en cuyo desarrollo se generó la merma o detrimento patrimonial, como consecuencia de su acción u omisión dolosa o gravemente culposa y en su condición de titular de la capacidad decisoria sobre el cumplimiento de sus objetivos misionales y sobre la ordenación funcional del gasto, es posible que responda fiscalmente.

Ahora bien, debe tenerse presente que en esta tipología societaria los recursos no son 100% públicos, pues también existen recursos de particulares en la conformación de su capital social, razón por la cual para tasar el monto del detrimento o daño patrimonial al Estado en una Sociedad de Economía Mixta, una vez se configure y se tenga certeza de la lesión, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, debe procederse a determinar el valor del mismo.

En consecuencia, teniendo en cuenta las particularidades del capital que conforman estas Sociedades, la tasación del daño, se realiza sobre el porcentaje de participación que tenga el Estado en la Sociedad; es decir sobre el capital social efectivamente suscrito y pagado con recursos públicos.

Cabe precisar que, si el daño patrimonial se tasara sobre el 100% del capital de la empresa, se acrecentaría el patrimonio del Estado en lo que comprendería porcentualmente al capital privado, generando así un enriquecimiento sin causa.»

Ahora bien, la vigilancia y el control fiscal se fundamentan en unos principios establecidos en el artículo 3º del Decreto-Ley 403 de 2020; vigilancia y control que como se evidencia en la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente, es aplicable a las sociedades de economía mixta. Para efectos del presente concepto, taremos a colación el principio contenido en el literal k) que es del siguiente tenor:



«Artículo 3º. Principios de la vigilancia y el control fiscal. La vigilancia y el control fiscal se fundamentan en los siguientes principios:

(...)

k) **Inoponibilidad en el acceso a la información.** En virtud de este principio, los órganos de control fiscal podrán requerir, conocer y examinar, de manera gratuita, todos los datos e información sobre la gestión fiscal de entidades públicas o privadas, exclusivamente para el ejercicio de sus funciones sin que le sea oponible reserva alguna.

(...))»

La disposición anotada es clara al establecer la facultad que tienen los órganos de control fiscal (contraloría nacional, contralorías territoriales y Auditoría General), de examinar todos los datos e información necesaria para el cumplimiento de su función bien sea en desarrollo de un proceso auditor, de una actuación fiscal o de un proceso de responsabilidad fiscal, sin importar si esta pertenece a entidad de derecho público o de derecho privado, con la salvedad que sólo debe ser utilizada para el cumplimiento de su función de vigilancia y control. Entonces, no es oponible reserva alguna al respecto.

3. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, se concluye lo siguiente:

- i. Las sociedades de economía mixtas son entidades comerciales conformadas con aportes tanto privado como públicos para adelantar actividades de índole comercial o industrial
- ii. Por su conformación con aportes públicos y el consecuente manejo de estos, estos organismos son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la Republica en tratándose de su pertenencia al orden nacional, y de las contralorías territoriales si se trata del orden territorial.
- iii. En desarrollo de la función de la vigilancia y el control fiscal que los organismos de control fiscal ejercen sobre sus sujetos de control a través de las auditorías, de las actuaciones de fiscalización y/o de los procesos de responsabilidad fiscal, éstos están autorizados legalmente para acceder y examinar toda la información necesaria respecto de la gestión fiscal revisada, sin que les sea oponible reserva alguna, obviamente dejando a salvo el compromiso de usarla sólo para efectos del control realizado.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 «Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19



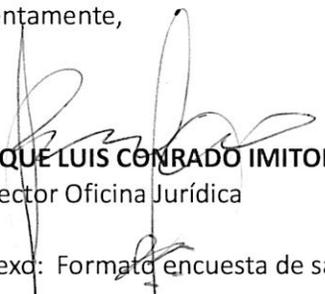
de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«(...) el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad 'ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución'»** (Resaltamos en negrilla)

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

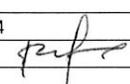
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fjimenez@auditoria.gov.co Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón *SIA*, seleccionar la opción *SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO*, luego, seleccionar el botón *Encuesta de Satisfacción* e ingresar los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña fed82434. También puede consultar su solicitud en el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,


ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Cargo
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro – Profesional Especializado Grado 4
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica 
Aprobado por:	Roque Luis Conrado Imitola – Director Oficina Jurídica 
<i>Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.</i>	

Avenida calle 26 No. 69 - 76 Edificio Elemento, Torre 4, pisos 17 y 18. Bogotá, D. C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 -Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

 [auditoriageneral](#)  [auditoriagen](#)  [auditoriagen](#)  [auditoriageneralcol](#)

participacion@auditoria.gov.co

www.auditoria.gov.co