

Concepto Jurídico

FAVOR INVOLVER  
COPIA

\*20171100009731\*

Radicado No. 20171100018201

Fecha: 25-05-2017

Bogotá D.C. 110.

**DOCTOR:**

Jorge Eliecer Acosta Álvarez  
Gerente Mercasur Ltda. En Reestructuración Ley 550 de 1999.  
Carrera 5 N° 38-61 Sur – Local 2247-2248  
Neiva, Huila.

**Asunto:** Respuesta a Solicitud de Concepto Jurídico

Respetad Doctor Jorge Eliecer Acosta Álvarez.

Mediante documento suscrito por usted en condición de Gerente Mercasur Ltda -En Reestructuración Ley 550 de 1999- con destino al Doctor Luis Carlos Pineda Tellez, Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal, con fecha de recibido en correspondencia interna de la Auditoría General de la República el 04 de mayo de 2017, con número de radicación N° 2017-233-002181-2, usted realiza un análisis sobre la naturaleza jurídica de sociedad que gerencia, expresando una serie de preocupaciones sobre la competencia y procedimiento empleado por la Contraloría Territorial de Neiva, respecto de Mercasur Ltda, señalándose lo siguiente:

«**JORGE ELIECER ACOSTA ALAVAREZ**, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con cedula de ciudadanía N° 7-688.212. de Neiva, obrando como Representante Legal de la Sociedad **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACION**, sociedad de Economía Mixta del orden Municipal, con domicilio principal en la ciudad de Neiva, Representante y Administrador del Complejo Comercial Central Minorista de Mercados de Neiva -**MERCANEIVA**-; respetuosamente me permito concurrir a su Despacho para que previo al análisis de sus competencias y funciones misionales propias de la **AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**, se autorice un procedimiento de apoyo institucional para clarificar el ejercicio del control fiscal por parte de la **CONTRALORIA MUNICIPAL DE NEIVA** a la empresa que regento, teniendo en cuenta los siguientes aspectos facticos y jurídicos:

(...) **QUINTO:** La Contraloría Municipal de Neiva para finales del año 2016 anunció el inicio del proceso de auditoría y visitas fiscales a **MERCASUR LTDA** para la vigilancia del año 2015 y 2016, ya habiendo practicado la de aquel año; sin embargo, como es nuestra acostumbrada conducta no se señaló ningún reparo alguno.

Al inicio de la visita fiscal ya para el mes de enero y febrero de 2017, me entrevisté y recibí en mi despacho al equipo auditor de la Contraloría Municipal de Neiva y

16 JUN 2017



desde aquella época le manifesté mi inquietud respecto al objeto de la visita fiscal, entendiéndolo que:

5.1. Si el acuerdo de reestructuración de **MERCASUR LTDA** es de la naturaleza contractual y se encuentra en ejecución, consideraba prudente determinar que no se estuviera haciendo un control previo. Sin embargo, el equipo auditor desestimó mi inquietud y solicitó información relacionada con el Acuerdo de Reestructuración y su **MODIFICACIÓN** y solo hasta el informe final decidió el señor Contralor Municipal de Neiva resolver el fondo de mi requerimiento, pero reprochando una supuesta e inexistente "obstaculización" a la gestión de la entidad, situación que no es cierta, pues toda lo que se pidió se les entregó, muy a pesar que jamás se me indicó el propósito de la visita en términos del Plan General de Auditoría. Los documentos de la empresa, técnicos, financieros y contables, siempre estuvieron y han estado a disposición de la Contraloría Municipal de Neiva en las visitas que practicaron, de tal suerte que las reservas y limitaciones del conocimiento de parte del equipo auditor sobre el giro comercial de mi representada y su régimen de excepcionalidad y preferencia legal, no tener porqué reprochárseme, tal como viene ocurriendo

5.2. La intervención de la Contraloría Municipal de Neiva a **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN** la sustenta en los siguientes razonamientos:

5.2.1. **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN** administra fondos o recursos públicos. En este aspecto se destaca que mi representada **NO** recibe desde su creación ningún recurso o fondo de entidad pública oficial alguna, nacional, departamental o municipal, o de alguna entidad descentralizada, sea por los rubros general de inversión o de cofinanciación.

5.2.2. Sostiene la Contraloría Municipal de Neiva que **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN** administra los recursos públicos que devienen del pago de las expensas de administración de los bienes inmuebles que posee el Municipio de Neiva en el Proyecto Central Minorista de Mercados de Neiva (**MERCANEIVA - Plaza de Mercado**), situación que claramente **NO ES CIERTA**, teniendo en cuenta que quien dispone del uso, goce, usufructo y tenencia de los mismos es su propietario, es decir, la **ALCALDIA DE NEIVA** y en ningún momento el administrador del Proyecto **MERCANEIVA - Plaza de Mercado**, pues limito mi ejercicio al cumplimiento de las reglas comunes en el complejo minorista, consignadas en el ya citado inicialmente **Reglamento de Propiedad Horizontal**.

En virtud del acuerdo de reestructuración y su **MODIFICACIÓN** y de las normas de la Ley 550 de 1999, en especial **el mandato de preferencia y especialidad** que enmarca su artículo 79, las expensas de administración hacen parte del flujo de caja para el cumplimiento del mismo acuerdo, **situación que fue expuesta claramente en la asamblea universal de determinación de acreencias insolutas y derechos de voto, y sobre la cual no hubo objeción alguna**, una vez se garantice el funcionamiento de la plaza de mercado y por ello se mantiene la administración provisional del proyecto de mercado minorista en cabeza de **MERCASUR LTDA**, situación que actualmente desconoce la misma Contraloría

Municipal de Neiva y la propia ALCALDIA DE NEIVA, so pretexto de aplicación del artículo 52 de la Ley 675 de 2001. Lo que hemos sostenido de manera clara al señor Contralor de Neiva y al señor Alcalde del Municipio y sus delegados o representantes, es que el régimen de Ley 675 de 2001 debe ceder por reglas de preferencias y de especialidad que contiene la Ley 550 de 1999, incorporadas por la misma Ley al acuerdo de reestructuración de **MERCOSUR LTDA** y su modificación.

5.2.4. Si indica por parte de la Contraloría Municipal de Neiva que **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN** por tener participación pública municipal del 49% de sus derechos de cuota, administra recursos o fondos de Estado. En este sentido, destaco y reitero que el socio de **MERCANEIVA S.A.** fue disuelto y liquidado en el mes de diciembre de 2007 y su patrimonio representado en las acciones se encuadran en custodia, administración y representación directa y única de la ALCALDIA DE NEIVA lo que hace necesario que se disponga por su tenedor una liquidación adicional para adjudicar las respectivas cuotas partes de **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN**, competencia y evidentemente, que no esta en cabeza de esta regencia o de la misma empresa que represento.

5.3. De forma inequitativa e injusta, la Contraloría Municipal de Neiva indica la iniciación de un proceso sancionatorio en mi contra por incumplimiento del Plan de Mejoramiento de la Empresa, situación que no comprendo, si el citado Plan, por las características de los compromisos allí dispuestos, estaban o radicaban en cabeza de autoridades o despachos de la ALCALDIA DE NEIVA

## PETICIÓN

Comedidamente y con base en lo expuesto, solicito al Señor Auditor Delegado se preste el apoyo institucional de la **AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**, dentro del natural límite de sus competencias y misión institucional, para que se precise el alcance de sus funciones de la **CONTRALORIA MUNICIPAL DE NEIVA** en la sociedad de Economía Mixta **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN**.

Es absolutamente claro que de manera alguna se quiere desconocer el Control Fiscal que se hace sobre las organizaciones del Estado o de aquellas que manejan bienes o fondos del mismo Estado, del cual soy absolutamente respetuoso, por lo que la función implica para el país. Lo que he dicho y que me motiva a recurrir a su señoría, es la necesidad de determinar el ámbito de funcionalidad del ente de control y vigilancia municipal, para evitar injerencias exógenas a la altruista misión oficial que debe cumplir la entidad (...).

Debe señalársele respetado Doctor, previo a cualquier consideración respecto a su solicitud de conceptuar que usted remite para ser considerado por esta entidad, que el ente encargado de ejercer el control fiscal sobre Mercasur Ltda -En Reestructuración Ley 550 de 1999- es la Contraloría de Neiva y no la Auditoría General de la República. Nosotros no somos los competentes para atender una eventual solicitud de exclusión de la obligación de la rendición de la información contractual y/o de gestión de sus sujetos

vigilados, toda vez que es la competencia concreta de la Contraloría de Neiva, en este caso, quien puede exteriorizar los métodos encaminados al ejercicio de sus mandatos constitucionales y legales en el cumplimiento del control fiscal respecto a sus sujetos vigilados.

No obstante la anterior aclaración sobre el competente de atender la forma en la cual el Mercasur Ltda -En Reestructuración Ley 550 de 1999- respecto al órgano que ejerce sobre esta Corporación el control fiscal, nos permitiremos en aras de atender los cuestionamientos que en el escrito con radicación interna N° 2017-233-002181-2 se presentan, brindarle una serie de explicaciones sobre los alcances de la vigilancia que ejercen los órganos de Vigilancia a la Gestión Fiscal de las entidades del Estado, particularmente a la vigilancia que se despliega sobre entidades cuya naturaleza jurídica implican la presencia de algún tipo de patrimonio de naturaleza estatal, atendiendo así de manera general a los distintos puntos por usted presentados en las consideraciones de su escrito.

Espero que la información que se le suministrará sea aclaratoria respecto a ciertos aspectos manifestados por Mercasur Ltda -En Reestructuración Ley 550 de 1999- y le permitan tomar las decisiones institucionales que correspondan.

#### **1. Competencia Legal para responder sobre el concepto:**

En mi calidad de Director de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, con fundamento en lo establecido en el numeral 2 del artículo 13 del Decreto Ley 272 de 2000, me corresponde de manera general:

*« Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad »*

Además de lo señalado anteriormente, el artículo 18 del Decreto Ley 272 de 2000 que establece las funciones de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, determina que soy plenamente competente para atender la solicitud por usted realizada a la Contraloría General de la República, quien decidió remitir el conocimiento de la misma a la Auditoría General de la República.

#### **2. Competencia para la Vigilancia y Control Fiscal respecto a las Empresas prestadoras de Servicios Públicos mixtas u oficiales.**

Sea inicialmente pertinente exponerle el ámbito de la competencia genérica de la Contraloría General de la República y las contralorías territoriales, toda vez que es parte importante de la argumentación de su escrito analizar el papel de la Contraloría Municipal de Neiva.

La teleología del control fiscal está dada por la protección del patrimonio público, de ahí que el Constituyente de 1991 estableció que todos los fondos o recursos públicos manejados por entidades nacionales o territoriales y por particulares fueran objeto de control de su gestión. Así las cosas, el artículo 274 superior, estableció que la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República sería ejercida por el Auditor General de la República.

Así, dicha vigilancia está dada por la verificación de la correcta instrumentalización de los recursos públicos en el ejercicio de las actividades, funciones de administración y prestación de servicios públicos por parte del Estado.

Con base en el origen y destino del patrimonio, se otorga la categorización de recursos públicos o privados, por lo cual las entidades, independientemente de su calificación se encuentran sujetas para el manejo del presupuesto a los principios contenidos en el ordenamiento superior y a las normas presupuestales que deben armonizarse con el Estatuto Orgánico del Presupuesto

En la solicitud que origina este escrito, **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN**, a través de su Gerente se refiere en algunos apartes al carácter especial de las Sociedades de Economía Mixta, particularmente a aquellas con participación mayoritaria privada, expresando las condiciones especiales de esta categorización respecto del ejercicio auditor que realiza la Contraloría Municipal de Neiva.

Coincide esta entidad en afirmar lo dicho por el señor Gerente respecto al carácter especial que ostentan las Empresas de Economía Mixta, su régimen de vigilancia por parte de la Superintendencia de Sociedades y la forma en la cual se generan sus recursos, esta especialidad es de carácter constitucional y legal. Efectivamente este tipo de entidades en materia contractual tienen un régimen de Derecho Privado, pero estas facultades constitucionales y legales respecto del régimen contractual no implica de ninguna forma que se pueda interpretar que el patrimonio público, que se entiende está presente en **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN** a través de la participación accionaria del Estado en esta Sociedad, no sea sujeto de un control fiscal y que por lo tanto el requerimiento de información por parte de los órganos de control fiscal se exceptúe, situación que como se analizará a continuación, determina el ámbito de competencia de la Contraloría General de la República y de las Contralorías Territoriales para vigilar dichos patrimonios y recursos económicos de carácter público, al igual que el ejercicio que realiza de la Auditoría General de la República para vigilar la gestión de los órganos de control fiscal, prescribiendo para ellos la forma en que deben rendir sus cuentas.

Con fundamento en lo señalado respecto a los alcances de la vigilancia fiscal de los órganos de control fiscal en aquellas entidades que gestionen recursos públicos, conviene citar lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-529 de 2006:

*«(…) 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 (...)*»

Esta posición es reforzada por la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, que dispuso:

« (...) la Corte llama la atención en lo relativo a la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, cuyo tenor conviene recordar:

**“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.”**

Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita 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 (...)

(Subrayado y negrillas por fuera del texto original)

Las anteriores citas jurisprudenciales resultan suficientemente indicativas del alcance de la vigilancia de la gestión fiscal a la cual está sujeta **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN**, incluyéndose por ende el alcance de dicha vigilancia a los recursos que se deriven de esta empresa donde hay derechos susceptibles de valoración económica del municipio, como lo es la participación accionaria del Estado en esta Sociedad y su expectativa de recibir dividendos de dicha participación accionaria, toda vez que estos son recursos que se derivan de la actividad empresarial de **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN** y los socios estatales son sujetos por ende a la respectiva vigilancia y control que la constitución, la ley y la jurisprudencia legitiman. Esta concepción « (...) es consecuente con un modelo de Estado constitucional que, como

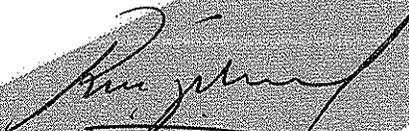
sucede en el caso colombiano, está interesado en la protección del interés general y el cumplimiento cierto de los deberes del aparato estatal», tal como lo dispone la jurisprudencia constitucional.

Esta facultad de vigilancia y control de la gestión fiscal que realiza la Contraloría Municipal de Neiva en este caso concreto, implica a su vez que la Auditoría General de la República haga control de su actividad misional, generándose que subsidiariamente debamos acceder a la información que reposa en esta entidad y así nosotros cumplir con los objetivos constitucionales, legales y reglamentarios que rigen a la Auditoría General de la República.

Por lo anteriormente analizado, se puede concluir que **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN**, no obstante estar constituidas bajo la forma de sociedad comercial con prevalencia del régimen privado, esto no los hace particulares, la jurisprudencia con apego a la Constitución y la Ley han sido enfáticos en reiterar que son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, pertenecen al nivel descentralizado o son organismos vinculados, como sucede en este último escenario con **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN**, por lo que esta Auditoría General de la República ha señalado en diversos conceptos que donde exista un patrimonio público conlleva a una constante vigilancia garantiza el interés general, por lo cual, no podemos compartir jurídicamente que **MERCASUR LTDA EN REESTRUCTURACIÓN** sea excluida del reporte que debe realizar de su actividad contractual y presupuestal a los organismos de Control Fiscal como es la Contraloría Municipal de Neiva y estas a su vez a la Auditoría General de la República en lo que corresponde a sus sujetos vigilados.

Respetad Doctor, esperamos con lo expresado en este concepto aclarar algunas de las posiciones por usted expresadas en el concepto que allegó a la Auditoría General de la República el día 4 de mayo de 2017, y reiteramos lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, que señala que « (...) los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución (...)».

Cordialmente



Roberto Arrazola Merlano  
Director Oficina Jurídica

Proyecto: Jonathan Ballesteros Salazar

