



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2217 de 2014 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Bogotá D

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ALVARO NAMÉN VARGAS

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil catorce (2014).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2014-00136-00

Número interno: 2217

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA

La Contraloría Distrital de Buenaventura – Valle del Cauca pidió a la Auditoría General de la República que solicitara a la Sala de Consulta y Servicio Civil la absolución de unos interrogantes en relación con la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., como sujeto de control fiscal. La Auditoría General de la República, a su vez, dirigió la solicitud al Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual elevó la consulta ante la Sala, de conformidad con los siguientes:

1. ANTECEDENTES:

La Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. celebraron el Contrato de Concesión n.º 009 de 1994, en virtud del cual se acordó que la Nación entregaría por un término de 20 años las instalaciones y terrenos respectivos a la concesionaria.

La Contraloría Distrital de Buenaventura, con base en normas constitucionales y legales (artículos 267 y 272 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 610 de 2000, el artículo 2 de la Ley 42 de 1993 y la Resolución n.º 5544 de 2003 de la Contraloría General de la República), así como también en que el Distrito de Buenaventura es titular del 15% de las acciones de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., expidió la Resolución n.º 050 de 14 de enero de 2014, a través de la cual incluyó como sujeto de control fiscal a la concesionaria.

La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. solicitó la revocatoria directa de la resolución, para lo cual argumentó que era de carácter particular y que no podía ser incluida en la lista de sujetos de control fiscal.

Habida cuenta de lo expuesto, la consulta formula las siguientes PREGUNTAS:

¿La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, en razón a que el 15% de su participación accionaria corresponde al Distrito de Buenaventura, puede ser catalogada como persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos?

Concepto Sala de Consulta C.E. 2217 de 2014 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, ¿tiene competencia la Contraloría Distrital de Buenaventura para ejercer el control fiscal de esta sociedad?

2. CONSIDERACIONES:

A. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., puede ser calificada como persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos y, en tal virtud, si se encuentra sometida al control fiscal de la Contraloría Distrital de Buenaventura y en qué medida.

B. ANÁLISIS DE LA SALA

El estudio que adelantará la Sala tendrá como punto de partida (1) una reflexión sobre la dicotomía entre derecho privado y derecho público, seguido del (2) análisis legal de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., para efectos de establecer su naturaleza y el régimen jurídico al cual se encuentra sujeta. Luego se describirá el tipo societario denominado (3) sociedad de economía mixta, en su condición de género dentro del cual se tipifica la sociedad portuaria regional como una especie y (4) se determinará la pertenencia de tales entidades a la administración o rama ejecutiva del poder público. Con posterioridad, se estudiará la (5) Contraloría General de la República desde una perspectiva histórica y normativa, para finalizar con (6) la conclusión acerca de las actividades de control fiscal que la Contraloría Distrital de Buenaventura puede llevar a cabo en la sociedad portuaria.

1. Derecho privado y derecho público

El derecho privado y el derecho público se han presentado en la dogmática jurídica tradicional como dos términos recíprocamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos. Lo primero en tanto que si una figura es de derecho privado no puede ser de derecho público, ni viceversa; lo segundo en la medida en que necesariamente lo jurídico debe tipificarse como derecho privado o derecho público, puesto que de no ser así, no existe. Hace parte de las grandes dicotomías teóricas en las cuales se divide cada campo del saber, como en la política: derecha-izquierda; en economía: liberalismo-intervencionismo; en estética: clasicismo-romanticismo; en filosofía: transcendencia-immanencia¹.

La división se plantea desde los inicios de la historia del derecho: en dos pasajes idénticos del *Corpus iuris*, Instituciones I.1, 4 y Digesto I, I, 1,2, se define el derecho público como “lo que se refiere a la condición del Estado romano” (*quod ad statum rei romanae spectat*) y el derecho privado como “lo que atañe a la utilidad del individuo” (*quod ad singulorum utilitatem*).

La diferencia que se plantea no resulta completamente clara, puesto que el concepto mismo del derecho, como complejo de normas que tiene por fin la conservación y el perfeccionamiento de una sociedad, impide que formen parte de él disposiciones absolutamente privadas, desprovistas de interés público y, en sentido contrario, no hay norma implantada en interés público de la cual los particulares no obtengan ventaja, así sea inestimable³.

No obstante, Savigny ha procurado zanjar diferencias al concluir que: “lo que distingue profundamente el derecho público del derecho privado es que el uno se ocupa del conjunto, y considera a los individuos como un objeto secundario, y el otro tiene por objeto exclusivo al individuo mismo, y no se ocupa más que de su existencia y de sus diferentes estados.”³

Tradicionalmente se ha señalado que existe una preponderancia del primero sobre el segundo, como se extrae claramente de otros fragmentos del *Corpus iuris*: el Digesto 38, 2,14 señala que “el derecho público no puede ser modificado por pactos entre privados” (*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*) y, en el mismo sentido, el fragmento 45, 50,17 señala que “una convención entre privados no deroga el derecho

público" (*privatorum conventio iura publica non derogat*).

La preponderancia del derecho público sobre el derecho privado conserva vigencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico actual, no solo dentro de las inequívocas prescripciones constitucionales –artículo 4 Constitución Política: “La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se acatarán las disposiciones constitucionales”–, sino en las disposiciones legales, fundamentalmente en los artículos 15 “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia” y 16 del Código Civil “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”.

Las sociedades portuarias regionales, en su condición de especie dentro del género de las denominadas sociedades de economía mixta constituyen una figura jurídica en la cual participan capitales privados y públicos, tal y como se analizará posteriormente con detenimiento.

Así, la dicotomía más característica del derecho, es decir, su división entre lo privado y lo público, encuentra en esta modalidad de sociedad un espacio para su desarrollo y superación, al tiempo que significa una fuente de inquietudes jurídicas respecto del alcance de la autonomía particular, representada en la iniciativa empresarial, frente a la restricción que impone la utilidad pública y el interés social, representado por las normas de derecho público.

En otras palabras, en relación con la posibilidad de control fiscal de la actividad de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. por parte de la Contraloría Distrital de Buenaventura, el punto central de la consulta radica en el cuestionamiento básico en estas materias, esto es, si las normas propias del ámbito público han de aplicarse a una sociedad respecto de la cual se establece, desde el momento mismo de su creación, que está sujeta al derecho privado.

2. Régimen jurídico de las sociedades portuarias. El contrato de concesión portuaria. Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A.

La Ley 1 de 1991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”, incorporó en el ordenamiento jurídico nacional la figura de la Sociedad Portuaria Regional. Hasta entonces los puertos eran gestionados por el Estado a través de la Empresa Puertos de Colombia, creada mediante la Ley 154 de 1959.

El Estado, con el propósito de hacer más eficiente el funcionamiento de los puertos nacionales y acercar el país a las realidades económicas que se avizoraban en el año 1991, caracterizadas por la integración, la competitividad y el comercio internacional, abrió el espacio económico y jurídico para la participación de capitales privados y públicos en la constitución y operación de sociedades portuarias regionales, las cuales se habrían de encargar de la administración de los puertos.

La concesión fue la vía mediante la cual el Estado y las sociedades portuarias regionales establecieron sus vínculos para la operación de los puertos, en tanto que “solo las sociedades portuarias podrán ser titulares de concesiones portuarias” (artículo 6). La Ley 1 de 1991 definió la concesión portuaria como un contrato de índole estatal a través del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, concedía a una sociedad portuaria el derecho para ocupar y utilizar, de manera temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias para la construcción y operación de un puerto. A cambio de esta concesión, la Nación y los municipios o distritos donde operan los puertos reciben una contraprestación (artículo 5.2).

Así, la Ley 1 de 1991 autorizó a la Nación y a sus entidades descentralizadas a constituir sociedades portuarias en cada uno de los municipios o distritos donde la Empresa Puertos de Colombia tenía puertos, e indicó: “La Nación invitará públicamente a las entidades territoriales y a los empresarios privados a participar en la constitución de tales sociedades” (artículo 34).

Las sociedades portuarias son sociedades anónimas con capital privado, público o mixto, cuyo objeto social comprende la inversión en construcción, mantenimiento y administración de puertos, así como también la prestación de “servicios de cargue y descargue, almacenamiento en puertos y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria” (artículo 5.20).

Se clasifican en función de la participación del Estado en su capital, en “sociedad portuaria oficial: aquella cuyo capital pertenece en más del 50% a entidades públicas” (artículo 5.21) y “sociedad portuaria particular: aquella cuyo capital pertenece en más del 50% a personas privadas” (artículo 5.22).

El régimen jurídico al cual se encuentran sometidas está constituido por las normas del Código de Comercio, la Ley 1 de 1991 y por las disposiciones concordantes, es decir, las sociedades portuarias, sus actos y contratos, independientemente de la naturaleza de estos últimos y del porcentaje de los aportes públicos, se rigen “exclusivamente por las reglas del derecho privado” (artículo 31).

El Decreto 2910 de 1991 “Por el cual se dictan normas especiales para la formación de las Sociedades Portuarias Regionales” definió aspectos de la mayor importancia sobre el particular, entre otras cosas, que estas sociedades: (i) estarían ubicadas en Tumaco, Buenaventura, Cartagena, Barranquilla y Santa Marta (artículo 1); (ii) se regirían por las normas de la sociedad anónima comprendidas en el Código de Comercio (artículo 3); (iii) sus actos y contratos se someterían exclusivamente al derecho privado (artículo 4); (iv) quedarían sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades (artículo 8).

En relación con la vigilancia de la Contraloría, cuestión de la mayor importancia para la absolución de las preguntas planteadas en la consulta, expresó que en aquellas sociedades en las cuales el Estado fuera el titular del 50% o más del capital, se ejercería de la misma forma como se hace en las empresas industriales y comerciales del Estado; cuando la participación fuera menor al porcentaje referido, “la vigilancia fiscal de la Contraloría sólo se extenderá sobre las acciones de las entidades públicas y sobre los dividendos que perciban por virtud de su aporte” (artículo 7).

De acuerdo con lo dispuesto en las normas referidas, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. se constituyó a través de la escritura pública n.º 3306 del 21 de diciembre de 1993 de la Notaría Segunda de Buenaventura⁴. En sus estatutos sociales se advierte:

ARTÍCULO 1.- Se trata de una sociedad portuaria particular, anónima, de nacionalidad colombiana. La compañía se regirá por las disposiciones establecidas para las sociedades anónimas en el Código de Comercio, por la Ley 222 de 1.995, por la Ley 01 de 1.991, por el Decreto 2910 de 1.991, y demás leyes vigentes, y por los presentes estatutos. Los actos y contratos de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. se regirán exclusivamente por las reglas de derecho privado. La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. está sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, con el fin de que en su funcionamiento se ajuste a las leyes comerciales y a los presentes estatutos, y a la vigilancia de la Superintendencia General de Puertos para verificar el cumplimiento de las leyes y los actos administrativos dictados especialmente para las sociedades portuarias. También está sujeta a la vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República pero únicamente en relación con las acciones de las entidades públicas y sobre los dividendos que éstas perciban en virtud de sus aportes.

En el contrato de concesión n.º 009 de 1994, celebrado el 21 de febrero de 1994 entre la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., de manera expresa, se calificó a esta última como una sociedad de economía mixta. La Corte Constitucional, a través de la sentencia T-083 de 2010 concluyó que la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. encuadraba en esa naturaleza jurídica. Otras sociedades portuarias regionales, como la de Santa Marta, de manera expresa, en sus estatutos sociales, indican que son sociedades de economía mixta⁵.

La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. se define como una sociedad de economía mixta, cuyo capital social está integrado por una participación del 83% de empresarios privados, 15% del Distrito de Buenaventura y el 2% del Ministerio de Transporte⁶.

Es necesario advertir que de acuerdo con la nomenclatura propia de la Ley 1 de 1991, en atención a su composición accionaria, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. sería una “sociedad portuaria particular”, categoría única en nuestro ordenamiento jurídico, que al ser tipificada de acuerdo con los estándares legales, tanto del derecho privado –Código de Comercio– como del derecho público –Decreto 1050 de 1969, Decreto 3130 de 1968, Decreto 170 de 1976 y Ley 489 de 1998–, corresponde a la de sociedad de economía mixta.

Así, en atención a lo expuesto hasta el momento, la Sala concluye, teniendo en consideración la composición del capital social, la actividad industrial o comercial que desempeña y especialmente el origen legal de su creación, que la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A.

es una sociedad de economía mixta.

3. Sociedades de economía mixta

Con anterioridad se advirtió que las sociedades de economía mixta constituyen una figura jurídica societaria con aportes privados y públicos y, en consecuencia, un espacio de encuentro y de superación de la dicotomía entre el derecho privado y el derecho público.

En el ámbito del derecho comparado, las sociedades de economía mixta tuvieron su origen dentro del derecho continental europeo, *civil law*, especialmente en Francia, Bélgica (*societe d'economie mixte*), Alemania (*gemischte Wirtschaft*) e Italia (*società di economia mista*), en las cuales se intentó conciliar, desde los inicios del siglo XX, el liberalismo y el socialismo en el Estado, mediante la aproximación del interés público y de los intereses particulares⁷.

En Francia se expidieron leyes para la creación de sociedades de economía mixta de diferente índole: para la explotación de energía hidráulica (Ley de 16 de octubre de 1919); transporte de energía eléctrica (Ley del 11 de agosto de 1920 y del 19 de julio de 1922); creación de la Compañía general de la navegación del Rin (Decreto del 25 de marzo de 1924); creación de la Sociedad nacional de investigación para el tratamiento de los combustibles (estatutos del 21 de mayo de 1924), entre otras⁸.

En Italia, las sociedades de economía mixta hacen parte del género de las sociedades con participación pública (*Società a partecipazione pubblica*), las cuales comprenden cualquier modalidad de intervención del Estado en el sector empresarial. Se habla de sociedades de economía mixta, tal y como ocurre en Colombia, cuando el capital social comprende participación del Estado y de los particulares, independientemente de que sea mayoritaria o minoritaria, y se someten al derecho privado en cuanto a su organización y a los regímenes contractuales con base en los cuales se relacionan con terceros⁹. Esta modalidad de participación del Estado en la economía tuvo lugar en las primeras décadas del siglo XX como consecuencia de la industrialización del país y de la necesidad de proteger el sector frente a la crisis financiera de 1929¹⁰.

En Colombia, el Decreto 1050 de 1968 dispuso que las sociedades de economía mixta “están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control, en los términos de las leyes y estatutos que las rijan” (parágrafo, artículo 1). Se definieron como “organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley” (artículo 8, inciso 1). En relación con la vigilancia que sobre ellas se ejercía, se ordenaba que “el grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social”.

En el Decreto 3130 de 1968 se aprecia que las sociedades de economía mixta hacen parte de la estructura del Estado bajo el título de entidades descentralizadas (artículo 1). Al respecto dispuso que: (i) se aplicaría el régimen previsto a las empresas industriales y comerciales del Estado cuando la participación estatal fuera del 90% o más del capital social de la sociedad (artículo 3); (ii) en aquellos casos en los cuales las entidades públicas adquirieran participaciones en personas jurídicas de derecho privado, se procedería con las reformas estatutarias necesarias para adaptarlas a los decretos 1050 y 3130 de 1968 (artículo 4); (iii) eran aplicables las reglas del derecho privado a sus actos y contratos (artículos 31 y 34); (iv) el control fiscal de los organismos descentralizados correspondía ejercerlo a la Contraloría General de la Nación (artículo 41).

El Código de Comercio en 1971 tipificó estas sociedades, de conformidad con las siguientes características: (i) “son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado” (artículo 461); (ii) donde los aportes estatales podrán ser realizados por parte de “la Nación o las entidades territoriales o los organismos descentralizados de las mismas personas” (artículo 467) y (iii) podrán consistir en ventajas financieras o fiscales, suscripción de bonos que la sociedad emita, auxilios especiales, entre otros (artículo 463).

El Código de Comercio también precisó que: (iv) esta modalidad de sociedad está sujeta a las reglas del derecho privado, salvo disposición en contrario (artículo 461), (v) en el acto de constitución correspondiente se señalará el carácter nacional o territorial de la entidad y “su vinculación a los distintos organismos administrativos, para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre la misma” (artículo 462) y (vi) cuando quiera que los aportes estatales sean del noventa por ciento (90%) o más del capital social, estas sociedades están sometidas a la normatividad propia de las empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 464).

Con posterioridad, se expidió el Decreto 130 de 1976 “Por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta”, el cual indicó que: (i) las sociedades de economía mixta eran de carácter nacional cuando uno de sus socios fuera la Nación o una de sus entidades descentralizadas (artículo 1); (ii) las sociedades en las cuales el aporte estatal fuera inferior al 90% se someten al derecho privado, salvo las excepciones legales (artículo 2) y (iii) cuando fuere igual o superior a ese porcentaje se tratarán como empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 3).

Esta norma también comprendió la posibilidad de que se constituyeran sociedades entre entidades públicas para el desarrollo de actividades de naturaleza industrial o comercial (artículo 4), así como corporaciones y fundaciones sin ánimo de lucro de participación mixta (artículo 6) y de asociaciones entre entidades públicas para la cooperación en el cumplimiento de funciones administrativas o la prestación de servicios (artículo 7).

La Ley 489 de 1998 derogó el Decreto 130 de 1976 y dio tratamiento específico a las sociedades de economía mixta, en disposiciones similares a las del Código de Comercio. En primer término, (i) define las sociedades de economía mixta como “organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial” (artículo 97).

En relación con los demás aspectos comprendidos en el Código de Comercio, la Ley 489 de 1998, en forma casi idéntica, prescribe: (ii) los aportes podrán ser realizados por la Nación o las entidades territoriales, esto es departamentos, distritos o municipios (artículo 97); (iii) los aportes podrán consistir en ventajas financieras o fiscales, suscripción de bonos que la sociedad emita, títulos mineros, licencias para la explotación de recursos naturales estatales, entre otros (artículo 100).

En cuanto hace referencia a la legislación aplicable y a los controles que sobre tales sociedades se efectúan: (iv) las sociedades desarrollan sus actividades “conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley” (artículo 97); (v) en el acto de constitución se señalará su vinculación a los distintos organismos para efectos del control que ha de ejercerse sobre ella (artículo 98).

Para terminar (vi) el régimen de las actividades de los servidores de las sociedades de economía mixta, así como las inhabilidades e incompatibilidades de sus representantes legales y miembros de consejos o juntas de dirección, será el de las empresas industriales y comerciales del Estado cuando quiera que la participación accionaria pública sea igual o exceda del noventa por ciento (artículos 97 y 102).

No está de más señalar que la Ley 489 de 1998 también comprende disposiciones sobre otras modalidades asociativas entre particulares y el Estado, como es el caso de las “asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares”, en las cuales, a través de un convenio de asociación o la constitución de una persona jurídica se desarrollan en conjunto las actividades relacionadas con sus cometidos y funciones (artículo 96).

Tampoco sobra hacer referencia a las asociaciones público privadas reguladas en la Ley 1508 de 2012, las cuales comprenden un instrumento de índole contractual en el cual particulares y Estado se ponen de acuerdo para la provisión de bienes públicos y de los servicios que se relacionan con ellos (artículo 1). Ahora bien, ninguna de ellas guarda relación exacta con la figura motivo de la consulta, sino que hacen parte de forma amplia del mismo fenómeno de colaboración entre los particulares y el Estado.

Es evidente que las sociedades portuarias regionales constituyen una especie de las sociedades de economía mixta y que, en consecuencia, para efectos de la gestión fiscal se encuentra sometida a lo que las normas imperativas disponen sobre el particular.

4. Las sociedades de economía mixta como entidades públicas o estatales

El cuestionamiento que la entidad consultante dirige a la Sala, en el sentido de establecer si la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. puede ser calificada como una “persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos”, encuentra, de conformidad con lo explicado hasta el momento, una respuesta negativa.

Tal y como lo expuso la Sala con anterioridad, las sociedades portuarias pueden calificarse de acuerdo con la Ley 1 de 1991 como “oficiales” o “particulares” en función de la composición del capital social; así, serán del primer tipo cuando la participación del Estado en su capital sea superior al cincuenta por ciento (50%) y del segundo cuando el aporte de los particulares sea superior al cincuenta por ciento (50%).

En tal sentido, habida cuenta de que la participación de aportes del Estado no excede el cincuenta por ciento (50%) del capital social de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., se clasificaría dentro de la nomenclatura propia de la Ley 1 de 1991 como una “sociedad portuaria particular”.

La Sala advierte, en relación con su denominación de “particular”, que la utilización de este vocablo dentro de la Ley 1 de 1991 no puede llevar a equívocos al intérprete jurídico en el sentido de pretender asemejar, como si fueran de la misma naturaleza, a las “sociedades portuarias particulares”, en las que hay un aporte estatal en el capital social que no excede del cincuenta por ciento (50%), y a las personas jurídicas de derecho privado, en las cuales jamás puede haber aporte alguno del Estado.

En efecto, teniendo en consideración que la Ley 1 de 1991 no es una ínsula dentro de nuestro ordenamiento jurídico, apartada de las demás normas que tratan los asuntos societarios y que prescriben claramente la existencia de la sociedad de economía mixta –en especial, Código de Comercio, Decreto 1050 de 1968, Decreto 3130 de 1968, Decreto 170 de 1976 y Ley 489 de 1998–, la Sala concluye que la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. es una sociedad de economía mixta en atención a la composición del capital social, la actividad industrial o comercial que desempeña y al origen legal de su creación.

En ese orden de ideas, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., no puede ser considerada como persona derecho privado, porque es una sociedad de economía mixta.

La Constitución Política de Colombia define que corresponde al Congreso determinar la estructura de la administración nacional y en tal virtud, a través de las leyes, “crear o autorizar la constitución de empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta” (artículo 150, numeral 7). En el nivel territorial, la Constitución establece que corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas, “autorizar la formación de sociedades de economía mixta” (artículo 300, numeral 7) y a los concejos municipales, “autorizar la constitución de sociedades de economía mixta” (artículo 313, numeral 6).

En relación con el Congreso, la Corte Constitucional precisó que la ley correspondiente habrá de definir asuntos como “la cuantía de los recursos públicos que se aportarán a la sociedad, su objeto, su domicilio, su duración, la proporción del capital público y privado, lo mismo que el grado de tutela por parte de la administración, y a qué dependencia corresponde ejercerla”. Interpretó también que la ley autoriza la creación de la sociedad, pero no la crea, en tanto que para la creación es indispensable “el contrato de sociedad que se celebra con los particulares, pues sin el aporte de estos no puede hablarse de este tipo de sociedad”¹¹.

La Sala aprecia que las sociedades de economía mixta de índole nacional, departamental o municipal, en forma alguna pueden ser calificadas como personas jurídicas de derecho privado, dado que resulta por completo ajeno a la creación de las personas jurídicas de derecho privado la exigencia, por parte del ordenamiento jurídico, de una ley, ordenanza o acuerdo que de manera expresa y particular autorice su creación o la participación del Estado en tales personas jurídicas para su conversión¹².

No obstante, en atención a que se encuentran sujetas a las normas civiles y comerciales en su administración y actividades tal y como de manera suficiente se ha expuesto a lo largo de este concepto, su calificación categórica como entidades públicas no ha resultado pacífica en el transcurso de su evolución legislativa y jurisprudencial.

La jurisprudencia nacional ha enfatizado en que tipificar esta modalidad de sociedad, como privada o pública, entraña una dificultad. Así, desde los primeros años de vigencia de la figura, la Corte Suprema de Justicia consideró:

*No hay duda que esta clase de sociedades no ha encontrado todavía su verdadero sitio en el derecho: las dificultades surgen del propósito buscado no sólo de formar un patrimonio social con aportes estatales y privados, sino de encontrar una colaboración abierta de los dueños de ese patrimonio, el Estado y los particulares, para el logro de beneficios sociales, o sea para llegar a una organización de la economía en la que se armonicen y concilien los intereses privados con los intereses generales o colectivos. Y en una forma más avanzada y más completa encontrar una verdadera transición entre el socialismo de Estado y el viejo liberalismo económico, entre el deber social del poder público y la empresa privada, para aprovechar no solo el capital privado sino la experiencia y la capacidad técnica de los particulares.*¹³

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en un concepto de 1987¹⁴, con fundamento en el Decreto 130 de 1976, concluyó que en aquellos casos en los cuales la participación de aportes estatales en el capital de una sociedad de economía mixta fuera inferior al 90%, la sociedad en cuestión no podría ser catalogada como entidad pública (artículo 3). En efecto, prescribe la norma que son entidades públicas “la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales o comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta sujetas al régimen previsto para las empresas” (artículo 20), de suerte que cuando no alcanzaba el porcentaje mínimo requerido para recibir el tratamiento de empresa industrial y comercial del Estado, la sociedad de economía mixta no era entidad pública.

Sin embargo, en la actualidad, la Ley 489 de 1998 determina que las sociedades de economía mixta integran el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional (literal f, numeral 2, artículo 38, artículo 68), lo cual las ubica en la nomenclatura de las entidades públicas o entidades estatales, también aplicable a las del orden territorial, según el parágrafo del artículo 2 ibídem, parágrafo 1 del artículo 68 y artículo 69 ejusdem.

Las normas mencionadas fueron demandadas ante la Corte Constitucional para que se declarara su inexequibilidad, porque, de conformidad con la argumentación respectiva, el artículo 115 de la Constitución Política no incluía expresamente las sociedades de economía mixta dentro de la rama ejecutiva, y por esta razón no podía hacerlo la Ley 489 de 1998.

La Corte Constitucional, concluyó que la norma se ajustaba a la Constitución Política al precisar que “no hay inconveniente constitucional para considerar que las sociedades de economía mixta, como todas las demás entidades descentralizadas por servicios, según lo ha explicado tradicionalmente la teoría administrativa clásica, se “vinculan” a la Rama Ejecutiva del poder público, es decir a la Administración Central”¹⁵.

En tal sentido, afirmó que los artículos constitucionales que atribuyen al Congreso la facultad de autorizar la creación de las sociedades de economía mixta, hacen referencia a la incorporación a la Rama Ejecutiva Nacional de las entidades así autorizadas, y que, en el caso de las facultades otorgadas a las asambleas departamentales y a los concejos municipales para la autorización de la creación de las sociedades de economía mixta en los órdenes territoriales respectivos, está reconociéndose su facultad de determinar la estructura de la administración.

Es necesario relevar que la Ley 489 de 1998 indicaba que una sociedad comercial solo podría ser calificada como de economía mixta cuando la composición del capital social comprendiera aportes de entidades estatales que fueran iguales o superiores al 50% (artículo 97, inciso 2).

La Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la norma sobre la base de que la naturaleza jurídica surge de la composición mixta del capital de la sociedad, puesto que si tiene aportes estatales y privados no puede ser sometida a condicionamientos legales de un porcentaje de participación del Estado para acceder a esa calificación. Concluyó la Corte que de no ser así “resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al 50% no sería estatal, ni de particulares, ni “mixta”, sino de una naturaleza diferente, no contemplada en la Constitución”¹⁶.

Así, en todos los casos se conviene en aceptar que las sociedades de economía mixta no son personas jurídicas de derecho privado, sino que, en el sentido que se ha expuesto, hacen parte del Estado, es decir, son entidades estatales de la Rama Ejecutiva del poder público, con el régimen especial de aplicación del derecho civil y comercial que se ha referido en este concepto¹⁷.

5. Contraloría General de la República

la Contraloría General de la República, en particular, aquello que atañe al control y vigilancia de los recursos públicos que de una forma u otra son gestionados por los particulares.

5.1. Antes de la Constitución Política de 1991

Para empezar, conviene recordar que en 1923, proveniente de los Estados Unidos de América, vino al país un grupo de expertos en políticas públicas y manejo de los recursos del Estado liderado por Edwin Kemmerer. Sin duda alguna, bajo la influencia de lo que hacía pocos años había sucedido en su país de origen, es decir, la expedición del *Budget and Accounting Act* de 1921, a través del cual se estableció la *Government Accountability Office* bajo la dirección del *Comptroller General of the United States*¹⁸ la Misión Kemmerer recomendó al Gobierno Nacional la creación del Departamento de Contraloría.

La Ley 42 de 1923 “Sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría”, se expidió de acuerdo con la asesoría brindada y comprendía la creación del Departamento de Contraloría (artículo 1), el cual estaría a cargo del Contralor General de la República, nombrado por el “Poder Ejecutivo Nacional con la aprobación de la Cámara de Representantes” (artículo 2), por un período de cuatro años (artículo 4).

El Contralor tenía bajo su competencia exclusiva “todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación” (artículo 6). En concreto, dentro de sus facultades y deberes se encontraban los de revisar y fenecer “las cuentas de todas las personas que manejen caudales del Tesoro Público o bienes nacionales” (artículo 6).

En el ámbito de las entidades territoriales de entonces, es decir, Departamentos, Intendencias y Comisarías, la labor estaba a cargo de las Auditorías Seccionales (artículo 32), las cuales contaban con la atribución de “examinar e inspeccionar las oficinas de toda persona encargada del manejo de caudales o bienes del Gobierno Nacional en la zona que les corresponda” (artículo 33).

Tal y como se puede apreciar, tanto en el nivel central como en el seccional, la Contraloría estaba titulada para examinar, glosar, inspeccionar las cuentas y oficinas de las personas naturales -independientemente de que estuvieren vinculadas o no como funcionarios, encargados o agentes del Estado- o jurídicas que custodiaran o manejaran fondos, caudales o bienes nacionales.

Con posterioridad, la Ley 58 de 1946, indicó que el Contralor General tenía “competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y calificación de cuentas de los funcionarios o empleados, contratistas o agentes del Gobierno encargados de recibir, recaudar, pagar o custodiar fondos o bienes de la Nación” (artículo 1), lo cual implicó que de manera expresa los particulares que contrataran con el Estado fueran sujetos de control fiscal en sus actividades relacionadas con fondos o bienes de la Nación.

Por su parte, la Ley 151 de 1959 “Sobre empresas y establecimientos públicos descentralizados” indicó que la vigilancia de la gestión fiscal de las empresas y establecimientos públicos descentralizados y de las instituciones y organismos que manejen fondos provenientes de recursos públicos correspondía a la Contraloría General de la República (artículo 2), así como también la de las personas naturales o jurídicas que pudieran tener la administración o explotación de bienes o rentas de la Nación (artículo 3).

La Ley 20 de 1975 “Por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones”, comprendió disposiciones similares a las que hasta el momento se han referido, dentro de las cuales cabe la pena destacar la norma en la cual se define, desde una perspectiva general, que el Contralor General de la República ejercerá control fiscal “sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación” (artículo 2).

Específicamente, la ley prescribe que las sociedades de economía mixta están sometidas a la vigilancia de la Contraloría y que la forma del control fiscal dependerá de la participación del Estado en el capital de la compañía. Así, cuando quiera que sea del 50% o más, se le aplicará idéntico régimen que a las empresas industriales y comerciales del Estado; en aquellos casos en los que sea menor, el Contralor General de la

República proveerá una lista a la Asamblea de Accionistas para que esta elija el revisor fiscal, quien tendrá a su cargo la función en los términos en que el Código de Comercio lo dispone para las sociedades anónimas, “sin perjuicio de que el Contralor practique inspecciones en ellas y exija informes al correspondiente auditor o revisor fiscal” (artículo 21).

5.2. A partir de la Constitución Política de 1991

El control que se ejercía bajo las normas referidas era previo y de índole numérico y legal, se limitaba a la verificación de la legalidad de los procedimientos, lo cual cambió con la Constitución Política de 1991, puesto que a partir de entonces, la vigilancia de la gestión de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos es de carácter posterior e incluye un ejercicio de control financiero y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

La Constitución Política de 1991 define que la Contraloría General de la República es un órgano de control, autónomo e independiente (artículos 113 y 117), encargado de “la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración” (artículo 119); tales funciones se ejercen sobre diferentes sujetos, entre ellos, “los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación” (artículo 267).

En tal sentido, el Contralor General de la República cuenta con la atribución de “exigir informes sobre su gestión fiscal a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de la Nación” (artículo 268), así como también cuentan con esta facultad, dentro del ámbito de su jurisdicción, los contralores departamentales, distritales y municipales (artículo 271).

La Ley 42 de 1993, “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, indica que entre los sujetos de control fiscal se encuentran “las sociedades de economía mixta, las empresas industriales 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 estos” (artículos 2 y 49).

El control fiscal se define como una función pública de vigilancia de “la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”, la cual se ejerce por parte de “la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales” (artículo 4).

En relación con las sociedades de economía mixta y con aquellas “diferentes a las de economía mixta en que el Estado participe”, la Ley 42 de 1993 señala que la vigilancia de su gestión fiscal por parte de la contraloría “se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8 de la presente ley” (artículo 21). Respecto de esta norma se hará un análisis detallado con posterioridad.

En el campo específico de la vigilancia sobre los particulares que administran o gestionan recursos públicos, la Ley 42 de 1993 prescribe que: (i) la Contraloría General de la Nación lo practicará sobre la Federación Nacional de Cafeteros en relación con el Fondo Nacional del Café (artículo 27) y (ii) sobre la explotación de los recursos mineros por parte de concesionarios, sin perjuicio de la figura propia que estos utilicen (artículo 30); (iii) respecto de las entidades administradoras de recursos parafiscales estará a cargo de sus propios órganos de control fiscal, de acuerdo con la ley (artículo 28); (iv) acerca de las rentas provenientes de los monopolios de suerte, azar y licores, también se ejercerá el control fiscal por parte de la Contraloría (artículo 29).

Por último, la Ley 610 de 2000 “por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías”, reitera que son sujetos de la gestión fiscal “los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos” (artículo 3).

6. Contraloría Distrital de Buenaventura y vigilancia de la gestión fiscal de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A.

La Contraloría Distrital de Buenaventura expidió la Resolución 050 del 16 de enero de 2014, a través de la cual incluyó a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. como sujeto sometido a su control fiscal¹⁹.

Invocó para tal efecto a la Constitución Política de Colombia (artículos 267, 268 y 272), la Ley 01 de 1991 (artículo 34), la Ley 42 de 1993 (artículo 2), la Ley 489 de 1998 (artículo 98), la Resolución Orgánica 5544 de 2003 de la Contraloría General de la República (artículo 98) y el Decreto 2910 de 1991 para concluir que “la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. está sujeta a la vigilancia fiscal de la Contraloría Distrital de Buenaventura y, en consecuencia, está obligada a rendir informe, cuenta fiscal y pagar la cuota de fiscalización, de acuerdo con la reglamentación que rija para la materia.”

El pago de la “cuota de fiscalización” lo fundamentó en la Ley 617 de 2000, la cual tenía como propósito fortalecer la descentralización y racionalizar el gasto público nacional. El parágrafo del artículo 11 precisa que “las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización”.

La Sala, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora y para efectos de responder la consulta, recuerda que la Ley 42 de 1993 dispuso en su artículo 21 que las sociedades de economía mixta, dentro de las cuales se encuentran las sociedades portuarias regionales, están sometidas a la vigilancia de su gestión fiscal por parte de la contraloría “teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 8 de la presente ley”.

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

En idéntico sentido, los estatutos sociales de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., en el artículo 1 disponen que la sociedad “está sujeta a la vigilancia fiscal de la Contraloría General de la República pero únicamente en relación con las acciones de las entidades públicas y sobre los dividendos que estas perciban en virtud de sus aportes”.

El artículo 462 del Código de Comercio indica que dentro del acto de constitución de las sociedades de economía mixta se deberá definir, en observancia de las disposiciones legales, a qué controles se encuentran sometidas, de suerte que lo acordado en el artículo 1 de los estatutos sociales referidos constituye simplemente el cumplimiento de una obligación legal, congruente con el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido prescribe el artículo 98 de la Ley 489 de 1998, el cual, si bien es cierto que no estaba vigente en el momento de la constitución de la sociedad que se estudia por parte de la Sala, demuestra una coherencia en las disposiciones sobre el particular.

Incluso, con anterioridad a la Constitución Política de 1991, la Ley 20 de 1975 en su artículo 21 ordenaba que el control fiscal de la Contraloría se restringía en las sociedades de economía mixta con una participación estatal inferior al 50% del capital social, puesto que en tales sociedades habría un revisor fiscal con las funciones propias de las sociedades anónimas.

Tal y como se advirtió anteriormente, la participación estatal en la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. es inferior al 50% del capital social, de suerte que la vigilancia de la Contraloría no se puede extender a la totalidad de su operación, sino que se debe limitar al aporte de Estado y a los dividendos que se generen.

Es importante señalar que el artículo 21 de la Ley 42 de 1993, sin hacer diferencia alguna respecto del porcentaje de la participación estatal en la sociedad de economía mixta, dispone que los recursos públicos ahí invertidos, serán manejados de conformidad con los principios establecidos en el artículo 8 de la ley.

Los principios en cuestión corresponden a la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales con los cuales se deben administrar y gestionar los recursos públicos, de cuya aplicación ha de resultar que, en un momento determinado, sea posible concluir: que la asignación de los recursos ha sido la más adecuada para la optimización de resultados; que los bienes y servicios se han obtenido al menor costo en atención a sus condiciones de calidad; que los resultados se han logrado oportunamente en correspondencia con los objetivos y metas planteados; que se han identificado los receptores de la acción económica, con análisis de la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales; que se ha cuantificado el impacto del uso de los recursos naturales y el ambiente, o su deterioro, con la debida gestión para su protección, conservación, uso y explotación (artículo 8).

En modo alguno entiende la Sala que lo anterior constituya una extensión de la actividad de la Contraloría Distrital de Buenaventura sobre todas las actividades de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., puesto que las normas legales y estatutarias han sido claras al limitar la competencia de la referida entidad de control al campo específico de las acciones o aportes del Estado y a sus dividendos. Lo dicho también se predica de la actividad que pudiera realizar la Contraloría General de la República en el supuesto caso de que decidiera ejercer un control fiscal excepcional, en atención a la competencia prevalente que le otorga la Ley 610 de 2000 (artículo 63), en armonía con la Constitución Política (artículo 267). En suma, la Contraloría Distrital de Buenaventura, o la Contraloría General de la República, según lo expuesto, ejercerá el control fiscal respecto de las acciones o aportes de las entidades públicas y los dividendos que perciban por tal concepto.

En el mismo orden de ideas, el imperio de estos principios para la gestión fiscal de la actividad de las sociedades de economía mixta, no significa que la única entidad que los pueda aplicar sea la Contraloría. La Sala considera que los principios mencionados deberán ser aplicados por el revisor fiscal de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., quien, elegido de conformidad con las disposiciones legales correspondientes a la sociedad anónima, en atención a los estatutos de la sociedad y con las funciones que emergen de tales fuentes, habrá de evaluar el desempeño organizacional, administrativo y de gestión de la sociedad.

Así, la Ley 42 de 1993 indica que el control fiscal de la Contraloría sobre las sociedades de economía mixta se llevará a cabo “sin perjuicio de la revisoría fiscal que, de acuerdo con las normas legales, se ejerza en ellas” (artículo 23); que el informe del revisor fiscal a la asamblea general de accionistas se remitirá a la Contraloría al menos con diez días de anterioridad a la fecha de la reunión y que el revisor deberá presentar la información que solicite el contralor (artículo 24).

En cuanto hace referencia a la competencia para adelantar tales actividades limitadas de vigilancia de la gestión fiscal frente a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A., es decir, si recae sobre la Contraloría General de la República o la Contraloría Distrital de Buenaventura, la Sala concluye que será competente esta última de acuerdo con la Resolución Orgánica 6289 de 2011 de la Contraloría General de la República.

En efecto, la norma indica que “cuando en una entidad haya participación de recursos de entes nacionales y territoriales, la vigilancia y control fiscal lo ejercerá la Contraloría del nivel que tenga mayor participación” (artículo 36). En el caso concreto la participación en el capital social del Distrito de Buenaventura es mayor (15%), que la de la Nación-Ministerio de Transporte (2%), lo que fuerza concluir en el sentido indicado.

Finalmente, en el caso concreto se presenta una conjunción de fuentes de derecho privado y derecho público que resulta armónica, puesto que unas y otras reconocen que la vigilancia de la gestión fiscal ha de tener lugar en los términos legales y estatutarios dispuestos, de manera que la función de la Contraloría se circunscribirá en virtud del principio de legalidad a las actividades expresamente encomendadas. No se presenta pues contraposición en las normas de las dos ramas fundamentales del derecho, ni del interés particular de la sociedad con la utilidad pública y el interés social del conglomerado.

3. LA SALA RESPONDE:

¿La Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, en razón a que el 15% de su participación accionaria corresponde al Distrito de Buenaventura, puede ser catalogada como persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos?

No. De acuerdo con su composición accionaria, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. constituye una sociedad de economía mixta, es decir, una modalidad de persona jurídica que hace parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

De acuerdo con la nomenclatura propia de la Ley 1 de 1991, su calificación correspondería a una “sociedad portuaria particular” en atención a que el porcentaje de participación estatal en el capital social no excede del cincuenta por ciento (50%), pero ello no implica que pierda su naturaleza de sociedad de economía mixta, ni que se transforme en una persona de derecho privado. En efecto, la Ley 1 de 1991 no puede interpretarse a través de una separación o escisión de sus artículos respecto del cuerpo íntegro de nuestro ordenamiento jurídico, ni apartarse de las normas que tratan específica y ampliamente los asuntos societarios y que prescriben, sin lugar a dudas, que una sociedad es de economía mixta cuando el capital social se integra por aportes públicos y privados (Código de Comercio, Decreto 1050 de 1968, Decreto 3130 de 1968, Decreto 170 de 1976 y Ley 489 de 1998).

Así, la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. es una sociedad de economía mixta, es decir, una figura jurídica de naturaleza *sui generis* en los términos explicados en este concepto, que no puede ser calificada como persona de derecho privado que maneja o administra recursos o fondos públicos.

Si la respuesta a la anterior pregunta es afirmativa, ¿tiene competencia la Contraloría Distrital de Buenaventura para ejercer el control fiscal de esta sociedad?

A pesar de que la respuesta anterior no es afirmativa, la Sala a la vista de la composición del capital social de la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. -83% de empresarios privados, 15% del Distrito de Buenaventura y el 2% de la Nación-Ministerio de Transporte- concluye que la vigilancia y el control fiscal se radica en la Contraloría Distrital de Buenaventura, sin perjuicio de la facultad de control prevalente que puede ejercer la Contraloría General de la República, y se limita a las acciones o aportes de las entidades públicas y a los dividendos que perciban por tal concepto.

El control que corresponde a la Contraloría Distrital de Buenaventura o a la Contraloría General de la República en el caso en que ejerza su facultad de control prevalente, se contrae a lo establecido por la ley y no se extiende a la totalidad de las actividades de la sociedad cuyo control atañe al revisor fiscal, de conformidad con los estatutos sociales y las normas aplicables.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

PRESIDENTE DE LA SALA

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

CONSEJERO DE ESTADO

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

CONSEJERO DE ESTADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO DE ESTADO

LUCÍA MAZUERA ROMERO

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹ N. Bobbio, *Destra e Sinistra*, Donzelli Editore, 1994, p. 31-32.

² V. Arangio-Ruiz, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. J.Camarens, Depalma, 1986, p. 33.

³ F. Savigny, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Comares, 2005, p. 12.

⁴ <http://www.sprbun.com/informacion-corporativa>, consultado el 15 de agosto de 2014

⁵ www.spsm.com.co/Empresa/EstautosActualizadoshastafebrerode2013, consultado el 15 de agosto de 2014.

⁶ www.sprbun.com/informacion-corporativa/corporativa/historia.php, consultado el 15 de agosto de 2014.

⁷ J. San Román (1948). *Economía mixta*. Revista de Economía y Estadística, Segunda Época, Vol. 1, No. 2-3- 4: 2º, 3º y 4º Trimestre, pp. 337-386, en <http://www.revistas.unc.edu.ar/index.php/REyE/article/viewFile/4392/4849>. Consultado el 16 de septiembre de 2014.

⁸ G. Ripert, R. Roblot, *Traite de Droit Commercial*, Tome 1, 14ª Edition, LGDJ, p. 1248.

⁹ <http://www.treccani.it/enciclopedia/societa-a-partecipazione-pubblica/>, consultado 16 de septiembre de 2014.

¹⁰ G. Urbano, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e Amministrativizzazione*, en http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/09/Urbano_societa_pubbliche_amministrativizzazione.pdf, consultado 16 de septiembre de 2014.

^{(SIC) 12} Corte Constitucional, C-357-1994.

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 8 de septiembre de 2011, radicación N° 2025, C.P. Augusto Hernández.

^{(SIC) 13} Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencia de 27 de febrero de 1975, M.P. Luis Sarmiento Buitrago.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de noviembre de 1987, rad. N.º 149, C.P. Javier Henao Hidrón.

¹⁵ Corte Constitucional, C-736-2007, C-910-2007.

¹⁶ Corte Constitucional, C-953-1999.

¹⁷ En el mismo orden de ideas y aun cuando no tiene consecuencias en el concepto que rinde la Sala, es oportuno señalar que la Ley 1437 de 2011 contiene una disposición que podría interpretarse como contraria a la conclusión que presenta la Sala. En este concepto se ha indicado que la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, independientemente del porcentaje de participación estatal, corresponde a la de entidades estatales o públicas, pero en el párrafo del artículo 104 de la norma indicada, se define que “para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública... las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital”. La Sala concluye que la norma no modifica lo que se ha expuesto hasta el momento, en tanto que el párrafo es claro al indicar que tal exigencia de porcentaje de participación en el capital de la sociedad de economía mixta solo se requiere “para los efectos de este Código”, de suerte que no tiene influencia alguna sobre el control fiscal al cual se hallan sometidas, ni la naturaleza propiamente dicha de las sociedades de economía mixta.

¹⁸ www.gao.gov, consultado el 15 de agosto de 2014.

¹⁹ www.contraloriabuenaventura.gov.co, consultado el 15 de agosto de 2014.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:53:22