


OJ – CGR _____ **084** _____ de 2017 2017IE0033045 

Bogotá D.C.,

Doctor

LUIS FRANCISCO BALAGUERA BARACALDO

Director de Vigilancia Fiscal

Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad

Contraloría General de la República

Asunto: Respuesta a consulta sobre si se puede realizar control fiscal al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, como ejecutor de recursos públicos.

1. Antecedentes.

Esta Oficina recibió su consulta, la cual, fue radicada bajo el número 2017IE0029582 del 4 de abril de 2017, en la que formula el siguiente interrogante:

“Es procedente realizar control fiscal al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, el cual se encuentra conformado en un 90% por la Fiduciaria La Previsora y en un 10% por la Fiduciaria Fiduagraria, al ser ejecutor de recursos públicos?”

En caso afirmativo, cuál sería la Contraloría Delegada para acometer dicha labor?

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución¹, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la Contraloría General de la República, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas “sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación

¹ República de Colombia, Art. 28, Ley 1755 de 2015.

de la Contraloría General², así como las formuladas por las contralorías territoriales “respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General³ y las presentadas por la ciudadanía respecto de “las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”⁴.

En este orden, mediante su expedición se busca “orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal⁵ y “asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”⁶.

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16⁷ del Decreto Ley 267 de 2000, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

No obstante lo anterior, y con el propósito de brindar elementos de juicio que contribuyan a ilustrar el tema puesto a consideración, pasa este Despacho a formular algunas consideraciones jurídicas de manera general y abstracta sobre el particular.

3. Consideraciones Jurídicas.

En relación con el origen del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, “explicó que hasta el 31 de diciembre de 2015 la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad le correspondía a la EPS Caprecom. Sin embargo, en virtud de la expedición del decreto 2519 de 2015 a través del cual se ordenó la liquidación de esa entidad, se suscribió el contrato de fiducia mercantil entre el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 y la USPEC, en el cual se estableció que los recursos del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad que recibirá la Fiducia debían destinarse a la celebración de contratos derivados y pagos necesarios para la atención integral en salud y prevención de la enfermedad de esa población.

² República de Colombia, Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

³ República de Colombia, Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ República de Colombia, Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ República de Colombia, Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ República de Colombia, Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁷ República de Colombia, Decreto Ley 267 de 2000, artículo 43. Oficina Jurídica. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

En virtud de lo anterior, señaló que la atención integral en salud para las personas reclusas corresponde al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015. Para ello, anexó el referido contrato de fiducia mercantil”⁸.

El consorcio conformado por las Fiduciarias La Previsora y Fiduagraria, se creó con la finalidad de participar dentro de un proceso de selección que adelantó la USPEC, sujeto de control fiscal sobre el cual se adelanta la auditoría, con el objeto de determinar quién sería el administrador de los recursos destinados a la prestación del servicio de salud de las personas privadas de la libertad. En cuanto al origen de dichos recursos, el parágrafo 1° del artículo 66 que modificó el artículo 105 de la Ley 65 de 1993, dispone lo siguiente:

“Parágrafo 1°. Créase el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual estará constituido por recursos del Presupuesto General de la Nación. Los recursos del Fondo serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, la Unidad Administrativa de Servicios Penitenciarios y Carcelarios suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento del presente artículo y fijará la comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen”.

Claramente los recursos que administra el Consorcio son públicos y las precitadas fiduciarias, revisten la calidad de sociedades de economía mixta, es decir, que se encuentran constituidas con aportes estatales y de capital privado, según lo dispuesto en el artículo 461 del Código de Comercio.

Ahora bien, en cuanto al hecho de si es procedente efectuar control fiscal sobre el Consorcio, es pertinente reseñar el siguiente extracto jurisprudencial⁹:

“Con base en estos supuestos, 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

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-127/16 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., 9 de marzo de 2016.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-529/06. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C., 12 de julio de 2006.

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".

(...) Las censuras planteadas por el actor parten de suponer que (i) las sociedades de economía mixta, al estar reguladas por normas del derecho privado y tener por objeto el ejercicio de actividades industriales y comerciales, deben estar sujetas a las mismas condiciones que el ordenamiento privado impone a las sociedades particulares; (ii) la injerencia estatal en la administración y control de estas entidades se circunscribe a los estrictos límites del aporte público en el capital social y, en consecuencia (iii) un control fiscal de tipo genérico sobre este tipo de sociedades es inconstitucional, en la medida que excede el marco de las competencias que la Carta confiere a los organismos que ejercen ese control.

(...) En cuanto al primer aspecto, es evidente que la perspectiva constitucional del control fiscal, en virtud de su carácter ampliado, comprende la vigilancia no sólo del manejo, en sentido estricto, de los recursos del Estado, sino que involucra todas aquellas actividades sobre las que se proyecta el control financiero, de gestión y de resultados. Como se anotó anteriormente, las etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación hacen parte del ámbito legítimo de ejercicio del control fiscal. Por ende, la disposición de dineros públicos para la conformación de las sociedades de economía mixta, en tanto acto de inversión de recursos en un determinado tipo societario, es un motivo que otorga soporte suficiente al ejercicio del control mencionado.

Esta fue, precisamente, la conclusión a la que arribó la Corte al estudiar la constitucionalidad del artículo 22 de la Ley 42 de 1993 en la sentencia C-065 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero. En esta decisión se consideró que "en relación con las entidades en las cuáles el Estado entrega dineros o recursos bajo forma de participación, esto es, para que éstos se incorporen al capital social, no se puede efectuar ninguna objeción constitucional ya que, conforme al propio artículo demandado, esas entidades quedan sometidas al control fiscal consagrado para las sociedades de economía mixta.

(...) si la fiscalización sólo llega hasta el momento en que se hace el aporte, se imposibilita el control posterior de resultados de la gestión, que es inherente a la labor contralora, y que recae no sólo sobre la administración sino incluso sobre los particulares que manejan fondos públicos. De igual manera se afecta la facultad constitucional del Contralor de exigir informes sobre la gestión fiscal, y de establecer responsabilidades en torno a la misma, toda vez que estas facultades, por la naturaleza de las cosas, sólo se pueden ejercer con posterioridad a la actuación. De tal manera que si el control fiscal sólo llega hasta la entrega de los bienes o fondos estatales y no se prolonga más allá en el tiempo, no cubre el término mismo de la gestión propiamente dicha, y mucho menos el tiempo posterior a ella”.

De lo anterior, se concluye que como quiera que el consorcio es el producto de la unión de dos sociedades de economía mixta, que administra recursos públicos, este será considerado como sujeto de control fiscal. En ese orden de ideas, se procederá a determinar la competencia para adelantar el control fiscal sobre el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015.

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, según su escrito, adelantó el Proceso de Selección Abreviada No.058 de 2015, con el objeto de escoger al proponente idóneo que cumpliera la totalidad de las condiciones exigidas por aquella, para posteriormente suscribir el contrato de fiducia mercantil, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el ya reseñado parágrafo 1° del artículo 66 de la Ley 1709 de 2014, para cuyo efecto, la USPEC, al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 4° del precitado artículo, en calidad de miembro del Consejo Directivo del Fondo Nacional, *determina las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento; analiza y recomienda las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo; y, determina la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones en materia de salud frente a la disponibilidad financiera del fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos.*

Es así como, si bien es cierto que los recursos del Fondo son administrados y pagados por el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, constituido por la Fiduciaria La Previsora y la Fiduciaria Fiduagraría, este último actúa de acuerdo a las directrices dadas por el mencionado Consejo del cual, como ya se dijo forma parte la USPEC.

En relación con el contrato de fiducia mercantil, esta Oficina se pronunció, mediante el Concepto número 2006EE62754 del 6 de diciembre de 2006, en los siguientes términos:

“El artículo 1226 del Código del Comercio establece:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Como observamos, el Estado transfiere para su administración unos recursos públicos, pero es diáfano que la administración es diferente al dominio. El titular del derecho de dominio sobre los recursos sigue siendo el Estado, sin que por el hecho de realizar un contrato de fiducia, que es esencialmente instrumental, pierda tal calidad. El artículo 1244 del Código de Comercio es ilustrativo para esclarecer este punto:

Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente, por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitidos.

La razón de ser de la fiducia mercantil en este caso, es acudir a un administrador de los recursos públicos, no transferir sobre los mismos el derecho de propiedad o dominio.

No está de más expresar que el artículo 669 del Código Civil insta que el dominio o propiedad es un derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella contra derecho ajeno. Transferir la propiedad de los recursos del Estado sin que medie la finalidad prescrita por la Constitución para los mismos, indudablemente atenta contra derechos colectivos. Por ello, entre otras cosas, en el contrato de fiducia sobre recursos del Estado no se puede transferir el dominio pleno sobre ese bien que son los recursos públicos. Tampoco será aceptable en el ordenamiento jurídico colombiano que se mantenga izado un acuerdo que pretenda burlar la vigilancia o control sobre recursos del Estado; la simple formalidad sede necesariamente ante la materialidad de los hechos, en este orden ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que donde quiera que haya recursos públicos debe estar siempre presente la vigilancia y el control fiscal”.

De lo anterior se deduce, que el contrato de fiducia mercantil fue el instrumento para la efectiva materialización de las políticas dictadas para la prestación del servicio de salud, luego en la respectiva auditoría que se realice en la USPEC, deberá revisarse todo el proceso de selección que dio como ganador al Consorcio, y todas las acciones adelantadas por el mismo para la eficaz consecución del resultado buscado que no es otro que una eficiente prestación del servicio de salud a las personas privadas de la libertad.

Como bien se señala en la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, entre las obligaciones de la USPEC, está la de *informar oportunamente a la Sociedad fiduciaria*


quien será la persona natural o jurídica designada por la USPEC, encargada de ejecutar la supervisión al Contrato de Fiducia Mercantil. El supervisor deberá realizar el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable y jurídico del contrato verificando además la correcta ejecución del objeto contratado.

Claramente, el supervisor tiene la responsabilidad de verificar la correcta ejecución de los recursos con miras a la mejor prestación del servicio de salud, de donde se infiere que el Consorcio lógicamente no actuaba de manera autónoma, sino siempre bajo el esquema planteado por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, del cual, se reitera, forma parte la USPEC, luego si hubo una presunta deficiente prestación del servicio de salud, la auditoría que adelanta la Contraloría Delegada para el Sector Defensa, Justicia y Seguridad en la USPEC, debe abordar el tema desde su origen, desde el diseño de las políticas hasta los mecanismos para su eficaz ejecución, por lo que no es dable escindir la auditoría en razón de los diferentes actores que participan en el proceso, debe revisarse la contratación adelantada por la USPEC, desde la etapa precontractual, revisando minuciosamente la ejecución, hasta la etapa postcontractual.

En los anteriores términos, se absuelve su consulta.

Cordialmente,


NESTOR IVAN ARIAS AFANADOR
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Erika Cure 
Revisó: José Díaz Peñalóza
Radicado: 2017IE0029582

TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos.