

80112 – EE21881

Bogotá, D.C., Abril 05 de 2010.

Doctor
ALFONSO YESID LOPEZ GOMEZ
Coordinador CIG
Calle 21 No. 38 – 23 Barrio Nueva Alvernia
Tuluá - Valle

Asunto: INFORMACIÓN SOLICITADA POR INTERVENTOR. Libros y papeles de comerciante. No hay reserva legal.

1. ANTECEDENTE

Mediante oficio con radicado No. 2010ER9498 del 10 de febrero de 2010, la Gerente Departamental del Valle del Cauca de la Contraloría General de la República nos remite la consulta del Consorcio CIG, quien ejerce interventoría al contrato No. 017 de 2000 celebrado entre Emtulua ESP y Centroaguas ESP, en la que pregunta si en ejercicio de su función interventora pueden solicitar información al contratista sobre las subcontrataciones que ha celebrado el contratista para la ejecución del contrato, ó por el contrario existe reserva legal sobre dicha documentación, tomando en cuenta que el contratista se ha negado a entregar esa información con base en el artículo 61 del Código de Comercio.

b. CONSIDERACIONES JURIDICAS

Por regla general los documentos públicos son de acceso público, salvo las excepciones de ley, así lo establece el artículo 74 del Ordenamiento Superior.

Respecto de la relevancia de la información atiente al manejo de los recursos públicos, la Corte Constitucional en la Sentencia T-1322/00, estableció:

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.

Doctor Alfonso Yesid López Gómez, Coordinador CIG

Página 2 de 4

“En consecuencia, para mantener la reserva, no es suficiente la argumentación fundada en fórmulas generales o vagas, tendientes simplemente a evitar que las personas puedan acceder a datos que tienen relevancia pública por involucrar, por ejemplo, el manejo de recursos públicos o la prestación de una función o de un servicio público.”

El Artículo 61 del Código de Comercio, señala que:

“ARTICULO 61. <EXCEPCIONES AL DERECHO DE RESERVA>. Los libros y papeles del comerciante no podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello, sino para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente. Lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas.”

Efectivamente hay reserva legal en los libros y papeles del comerciante a personas distintas a sus propietarios y personas autorizadas para ello, que los requieran para los fines indicados en la Constitución y mediante orden de autoridad competente.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 2003, ha considerado que el interventor de un contrato es un particular que se ve atribuido el ejercicio de funciones públicas por cuanto, ejerce una función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, lo cual implica en realidad el ejercicio de una función pública, tal como vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

Si el objeto del contrato celebrado entre Emtulua ESP y Centroaguas ESP, guarda relación con la prestación de los servicios públicos ó involucra la ejecución de recursos del Estado, la labor del interventor del contrato es de vigilancia en la correcta ejecución del contrato en aras de salvaguardar el patrimonio público invertido y los intereses del Estado en la correcta prestación de los servicios públicos.

III. CONCLUSIÓN

De conformidad con lo dicho consideramos que cuando el interventor de un contrato estatal solicita la información de que trata el artículo 61 del Código de

Comercio, se encuentra en el presupuesto de dicha norma de ser una persona autorizada para ello que requiere información para el cumplimiento de fines indicados en la Constitución, que son vigilar la correcta ejecución del contrato en aras de proteger el patrimonio público y de lograr los fines propuestos del contrato en la correcta prestación de los servicios públicos, prerrogativa que en principio solo correspondería a la Administración.

Ahora bien la orden de autoridad competente para solicitar la información de que trata el artículo 61 del Código de Comercio, consideramos que para el caso¹ consistiría en orden emanada de la entidad contratante que sería Emtulua ESP, en virtud del interés que como contratante debe tener en la correcta ejecución del contrato y de los recursos públicos en él invertidos, así como de lo contemplado en el contrato No. 017 de 2000 con Centroaguas ESP, en especial lo señalado en el literal h) de la cláusula 16, que es ejercer las actividades de supervisión, interventoría, control y fiscalización, y solicitar al arrendatario (Centroaguas), la información que estime necesaria para el cumplimiento del contrato. Resulta también entidad competente para emitir la orden de entregar información, la entidad territorial que concedió a Emtulua ESP la prestación de los servicios públicos, ello por cuanto su interés en la prestación de los servicios públicos que es uno de los fines constitucionales que debe garantizar el Estado, y es responsabilidad del municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado prestar los servicios públicos que determine la ley (artículo 311 de la Constitución Política.)

Por cuanto el control fiscal que ejercen las contralorías se realiza de manera posterior de conformidad con lo señalado en la Constitución, en este momento las contralorías no son la autoridad competente de que trata el artículo 61 del Código de Comercio, para ordenar la exhibición de libros y papeles del comerciante, salvo que lo hagan de manera posterior en ejercicio del control y vigilancia fiscal dentro del proceso auditor ó de investigación y juicio fiscal o dentro de alguno de los procesos administrativos que resultan de su competencia, por lo tanto la autoridad competente en este caso es la entidad contratante (Emtulua ESP) ó el municipio.

Es de aclarar que la información que solicita el interventor en ejercicio legítimo de sus funciones, es y debe ser buscando la realización de su función, cuyo ejercicio permite cumplir los cometidos del Estado Social de Derecho cual es velar por la correcta ejecución de los recursos públicos para que estén al servicio de fines del Estado, como son la prestación de los servicios públicos y por lo tanto debe hacer un uso adecuado de esa información encaminada a cumplir su labor de interventoría, advirtiendo que no la puede utilizar para otros fines distintos a ello so

¹ Señalamos que para el caso, por cuanto en otras situaciones las autoridades judiciales, los entes de control así como otras autoridades administrativas, de conformidad con las funciones que les atribuya la ley podrían solicitar la información de que trata el artículo 61 del Código de Comercio.

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.

Doctor Alfonso Yesid López Gómez, Coordinador CIG

Página 4 de 4

pena de hacerse acreedor a las sanciones civiles y penales que sean del caso (artículos 53 y 56 de la Ley 80 de 1993).

IV. ALCANCE DEL CONCEPTO

Se hace procedente indicar que, en virtud de ser la Oficina Jurídica una dependencia asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Ley 267 de 2000, los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es decir, carecen de fuerza vinculante.

Finalmente lo invitamos a consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace *normatividad - conceptos* de nuestro portal institucional: <http://www.contraloriagen.gov.co>

Cordialmente,

LUIS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Isabela Narvárez Coral. Profesional Universitario
Revisó: Juan Carlos Luna Rosero. Asesor de Gestión (E)
Radicados: 2010ER9498

C.C. Dra. Rosalba Velásquez Cardona - Gerente Departamental del Valle del Cauca.