



CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA  
CALLE 100 No. 11-59 Oficina 713  
Bogotá D.C. 110002  
Tel: 310-3-8104  
Fax: 310-3-8104  
at 110891074

3A

110.002.2002

Bogotá D.C. 30 ENE. 2002  
110

Doctor  
ÁLVARO ORTEGA GARCÍA  
Gerente Seccional III  
Carrera 100 No. 11-59 Oficina 713  
Cali - Valle

Ref.: Oficio No. NUR-215-3-8104 de fecha 18 de enero de 2002  
(NUR Gerencia Seccional 215-3-761 de 17 de enero de 2002).

Solicitud de Concepto - Control fiscal sobre empresas de  
servicios públicos constituidas con aportes oficiales

Apreciado Doctor,

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de  
conceptualización asignada a esta dependencia, me permito  
efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes  
que, por conducto de esa Gerencia Seccional, ha planteado la  
Contraloría Municipal de Buenaventura.

1.- LA CONSULTA.-

En su escrito de fecha 17 de enero de los corrientes, se informa que  
el Contralor Municipal de Buenaventura ha solicitado en forma  
verbal concepto sobre la competencia de ese organismo para ejercer  
control fiscal sobre la Empresa de Energía del Pacífico S.A.- E.S.P.  
"EPSA", así como sobre la posibilidad de que dicha entidad pueda  
intervenir frente a la problemática del impacto ambiental generado  
en la cuenca del río Anchicayá por la descarga de lodo de que fue

concepto 110.002.2002

20

objeto durante el año 2001, toda vez que ese recurso es de propiedad de "EPSA".

A la solicitud de concepto se anexaron fotocopias de:

- 1.- El derecho de petición que ha elevado el Contralor Municipal de Buenaventura al Presidente Ejecutivo de la "EPSA" con el objeto de que le sean remitidos los estados de pérdidas y ganancias de la empresa, correspondientes a los años 1998, 1999, 2000 y 2001, los cuales se requieren para el ejercicio del control fiscal;
- 2.- Solicitud elevada por el Contralor Municipal de Buenaventura al Jefe de la Unidad Ambiental de la EPSA con el objeto de que se le remitiera el informe elaborado sobre las consecuencias del vertimiento de sedimentos sobre la represa hasta la desembocadura del río Anchicayá y sobre las acciones adelantadas para resarcir el daño causado (Oficio 6 de octubre de 2001), así como de la reiteración de la solicitud (Oficios de 31 de octubre y de 16 de noviembre de 2001);
- 3.- Las respuestas suministradas por el Gerente Financiero, Administrativo & de Telemática (oficio de noviembre 19 de 2001) y por el Jefe de la Unidad Ambiental de la "EPSA" (diciembre 7 de 2001), dirigidas a la contraloría municipal, en las cuales se indica que debido a que la empresa tiene naturaleza privada y no maneja fondos públicos sino particulares, no procede el ejercicio del control fiscal frente a ella, mucho menos cuando por disposición expresa del artículo 5º de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 establece que el control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes, actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista;
- 4.- Solicitud (oficio de 22 de noviembre de 2001) elevada por el Contralor Municipal de Buenaventura a la Superintendencia de Servicios Públicos Regional Valle con el objeto de que suministre la información requerida a la EPSA y, respuesta suministrada por el referido organismo en el que se niega a suministrar la información solicitada por no reposar en sus archivos (oficio de diciembre 4 de 2001); de igual forma se anexó fotocopia del oficio enviado por la Superintendencia de

Servicios Públicos Regional Valle a la EPSA dando traslado de la solicitud que le fuera elevada por el referido Contralor (oficio de diciembre 4 de 2001).

- 5.- Copia del oficio de fecha 14 de enero de los corrientes, enviado por el Coordinador de Gestión de la Gerencia Departamental del Valle de la Contraloría General de la República al Gerente Seccional del Valle de esta entidad, en el que se informa que frente a la problemática que se presenta por la contaminación del río Anchicayá se va a realizar control concurrente con la Contraloría Municipal de Buenaventura y, una auditoría a finales del mes de enero por parte de la Contraloría Delegada del Medio Ambiente; de igual forma se advierte en el oficio que "[l]e corresponde al Ministerio del Medio Ambiente determinar las responsabilidades que se deben tomar para solucionar este problema ambiental que ha perjudicado a una gran población de la ciudad de Buenaventura."

## 2.- FUNDAMENTOS.-

Con el objeto de absolver los interrogantes planteados, se estima necesario efectuar el análisis que a continuación se expone:

### 2.1.- Procedencia del ejercicio del control fiscal frente a empresas de servicios públicos domiciliarios.-

Con ocasión a la expedición de la Carta Política de 1991, se permitió y garantizó la participación del sector privado en la realización de actividades que, con anterioridad, se consideraban de exclusiva vocación pública, impulsando, en consecuencia, la posibilidad de que se asocien sector público y sector privado para la atención y satisfacción de ciertas necesidades de la población, o mediante mecanismos de privatización, la prestación de los mismos exclusivamente por privados y con recursos privados, generando situaciones jurídicas diversas.

Dentro de este contexto se encuentra, y principalmente, la prestación de servicios públicos que en su momento se consideró del resorte estatal y sólo susceptible de ser atendida y desarrollada por el Estado, básicamente en desarrollo de las tesis solidaristas del profesor León Duguít quien asimilaba Estado a la prestación de servicios públicos. En Colombia, aun cuando desde hace varios años se admitía la posibilidad de que los particulares participaran en la prestación de los servicios públicos en los

términos establecidos en la ley, tal posibilidad se hizo explícita con ocasión a la expedición de la Constitución de 1991 y del desarrollo legal que ha tenido el artículo 365 de la misma<sup>1</sup> en las leyes 142 y 143, ambas de 1994 y 689 de 2001.

Sobre este particular, es de especial importancia la Ley 142 de 1994, "[p]or la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones". En sus normas se determinó que los servicios públicos anteriormente asumidos por el Estado podrían ser prestados por empresas privadas, mixtas y oficiales, clasificación que depende del grado de participación de recursos públicos dentro de su capital social, obligando a las entidades existentes a la fecha de su expedición a adoptar la estructura de sociedades anónimas o de empresas industriales y comerciales del Estado, para lo cual les otorgó el plazo de los 2 años siguientes a la entrada en vigencia de la ley.

Adicionalmente, previó que independientemente de la composición de su patrimonio, sus actos y contratos se regirían por el derecho privado y que en el evento de ser procedente, por existir participación de recursos públicos, el ejercicio del control fiscal debería realizarse sobre los aportes hechos por las entidades públicas, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderles, así como sobre los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, para lo cual se impuso el deber de incluir el ejercicio de un control financiero, de gestión, de resultados y de legalidad (artículos 27 numeral 4 -27.4-, 50 y 51).

Muchas discusiones suscitó esta previsión pues gran parte de las empresas constituidas con participación de recursos públicos y privados entendieron que, por estar regidos sus actos y contratos por el derecho privado, los dineros públicos que conformaban su patrimonio perdían su naturaleza pública, lo que hacía improcedente el ejercicio del control fiscal que sólo se ejercita cuando existe manejo de fondos o bienes públicos.

Debieron producirse pronunciamientos tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional para que se aceptara que,

<sup>1</sup> Este artículo establece: "Artículo 365.- Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la Ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. (. . . )" -Subrayado por fuera de texto-

tratándose de empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, así sea ésta minoritaria, se impone el ejercicio del control fiscal y por ende, las contralorías se encontraban facultadas para solicitar la información que requieran para el ejercicio de la función pública que les ha sido encomendada. Por la importancia que revisten es conveniente transcribir los apartes más importantes de los referidos pronunciamientos:

[ . . . ] La función pública implica un conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y de asegurar la realización de sus fines. Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige que ella se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos que garanticen la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, cuya aplicación permite asegurar su correcto y eficiente funcionamiento, así como generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad.

En la Constitución Política se encuentra la autorización para que el ejercicio de funciones públicas y la prestación de los servicios de esa misma naturaleza sea confiado a los particulares. El país asiste de manera clara a una reducción vertiginosa del papel del Estado en la vida económica, razón por la cual su intervención en la prestación de los servicios públicos se ha debilitado y dentro del actual esquema, la prestación por entes públicos se efectúa de manera supletoria en aquellos municipios en los que la iniciativa privada no se muestra interesada, vale decir, que los índices de rentabilidad no son lo suficientemente halagadores para el capital privado. Tal explicación de la ola de privatizaciones en materia de servicios públicos, particularmente los domiciliarios, política que corresponde a una variación sustancial del modelo económico, la que a su vez refleja la crisis del Estado intervencionista, el cual a pesar de todo, mantiene presencia en la preceptiva constitucional.

Así entonces, no existe una separación absoluta entre las órbitas pública y privada en torno al desarrollo de actividades que interesan a la sociedad, y si bien los particulares están asumiendo en la práctica la prestación de los servicios públicos, en las más de las veces con la participación mayoritaria de entidades estatales, ellos se encuentran sujetos a los controles y a las responsabilidades propias del desempeño de funciones públicas, lo cual tiene validez, en cuanto busca la transparencia de la función y asegurar el interés general propios de las tareas confiadas a particulares."

. . . Ahora bien, es insoslayable que en la prestación de los servicios públicos subyace la prevalencia del interés general, la que toma cuerpo cuando de su protección se trata precisamente en garantía del patrimonio del Estado, entregado en la modalidad de aportes de capital para su manejo a una sociedad que, sin perjuicio de su naturaleza privada, no resulta inmune al control.

En efecto, la sujeción de las empresas prestadoras de servicios públicos al régimen de derecho privado, según los mandatos de la Ley 142 de 1994 en cuanto a sus actos y contratos, no hace que su gestión escape al control fiscal, al que constitucional y legalmente sometida."

[ . . . ] Los desarrollos legales reafirman que el control fiscal tiene como sujeto pasivo a las 'personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos', (. . .) 'vigila 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', y es ejercido por las Contralorías nacional y territoriales (arts. 2o. Y 4o. De la Ley 42 de 1993 -sic-) .La vigilancia de la gestión fiscal de los particulares se adelanta respecto del manejo de los recursos del Estado para verificar que estos cumplan con los objetivos previstos por la administración (art. 8o. Ibid)."

[ . . . ] Resulta claro entonces que el poder de control fiscal surge de la naturaleza pública del aporte, independientemente de la forma social adoptada por la empresa de servicios públicos.

Finalmente resalta la Sala que el artículo 109 del Decreto Ley 1421 de 1993, Estatuto del Distrito Capital, faculta a la Contraloría Distrital, como es apenas obvio, para cumplir la vigilancia fiscal de los entes privados, en la forma como está precisada en las normas constitucionales y legales mencionadas y particularmente en el artículo 272, inciso 5 de la Carta, conforme al cual los contralores distritales ejercen, las funciones atribuidas al Contralor General de la República."<sup>2</sup>

En otra oportunidad, reiteró esa misma Corporación:

[ . . . ] Como es apenas evidente, el control fiscal desempeña un papel fundamental en torno al adecuado manejo de los recursos públicos, ámbito dentro del cual aparecen como sujetos de control tanto la administración pública como los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. Por lo mismo, ninguna entidad o persona pública o privada que tenga relación directa o indirecta (EMGESA

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia de fecha 10 de marzo de 1999. Expediente No. ACU-615. Actor: Contraloría de Santa Fe de Bogotá, D.C. Magistrado Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez A. Resaltado y subrayado por fuera del texto original.

S.A., E.S.P.), con los bienes públicos podrá alegar válidamente la intangibilidad frente al control fiscal."

... Los desarrollos legales reafirman que el control fiscal tiene como sujeto pasivo a las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje bienes o recursos oficiales, sin que para ello importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre la cual recae el control, ni su régimen jurídico.

Cabe agregar que la Empresa EMGESA S.A. E.S.P., tiene la calidad de empresa de servicios públicos mixta, como ya se advirtió, pero es necesario reconocer que cuando el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994, somete al régimen privado los aportes efectuados por la Nación, las entidades descentralizadas y las entidades territoriales lo está haciendo dentro de los alcances propios de las disposiciones comerciales, sin embargo, no podría concluirse que en virtud del precitado artículo la ley de Servicios Públicos Domiciliarios (142 de 1994), estaría exonerando del control fiscal a las empresas de servicios públicos con aportes oficiales y dentro de ellas las mixtas."

... Resulta claro entonces que el poder de control fiscal surge de la naturaleza pública del aporte, independientemente de la forma social adoptada por la empresa de servicios públicos."<sup>3</sup>

La Corte Constitucional, por su parte, con ocasión del estudio de constitucionalidad que realizó sobre el texto del artículo 37 del Decreto Ley 267 de 2000 "[p]or el cual se dictan normas para suprimir y reformar regulaciones, trámites y procedimientos"<sup>4</sup>, sostuvo lo siguiente:

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de marzo de 1999. Expediente No. ACU-655. Actor: Contraloría de Santa Fe de Bogotá, D.C. Magistrado Ponente Dr. Silvio Escudero Castro. Resaltado por fuera del texto.

<sup>4</sup> La norma analizada establecía: "Artículo 37.- Control Fiscal de las Empresas de servicios públicos.- El control fiscal de las empresas de servicios públicos de carácter mixto, y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de ésta o aquellas, se ejercerá sobre los actos y contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante. Para el cumplimiento de dicha función la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos establecidos en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes. Por razones de eficiencia el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente, mediante acto administrativo motivado, expedido con sujeción estricta a

[. . .] el control fiscal ha sido instituido como una función pública que se realiza en forma posterior y selectiva, ejercida por la Contraloría General de la República, entidad que se encarga de ejercer el control fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos. Esta vigilancia fiscal incluye el ejercicio de un "control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales..." (art. 267 C.P.).

El Gobierno Nacional, al expedir el artículo 37 del Decretoley 266 de 2000, no sólo ha desbordado sus precisas facultades extraordinarias, sino que ha limitado el ejercicio del control fiscal en las empresas mixtas cuyo objeto social sea la prestación de servicios públicos domiciliarios, como en las de carácter privado en las que participa el Estado, los entes territoriales o sus entidades descentralizadas, al control sobre los actos o contratos, derivados de su calidad de socio, de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, desconociendo la Constitución Política en relación con el control de gestión y de resultados y, adicionalmente, debilitando en forma ostensible la vigilancia de los bienes públicos en las empresas de servicios públicos.

Como lo señala el Ministerio Público, la disposición acusada pretende darle a los recursos públicos y al Estado, el mismo tratamiento que se da a los recursos privados y a los particulares, olvidando lo dispuesto en la Carta Política, según la cual el control fiscal se instituye como una función pública autónoma, ejercido por la Contraloría General de la República como entidad independiente de naturaleza técnica y, recae sobre la gestión fiscal de la administración y, sobre la de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (arts. 119 y 267 C.P.).

Esta Corporación en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre los alcances del control fiscal y, ha dicho: "El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar -mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno- que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley." (Sent. C-586 de 1995. Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo).

Resulta pues incontestable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación,

---

*lo señalando en este artículo y en la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios estatutales esté sujeto al control".*

el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política.

Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas.

Por lo tanto, el legislador extraordinario, si bien reconoce la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, se inspira en el suceso societario, como lo señala el demandante, según el cual, los derechos del socio en las personas jurídicas mixtas y en las generadas en la participación con los particulares, se convierten en patrimonio del sujeto jurídico generado y de esa forma en efecto particular, dejando de lado los intereses generales de

la comunidad, lo que se traduce en el interés general o público, circunstancia esta que hace que el precepto jurídico demandado, sea lesivo de los principios de rango constitucional que informan la función pública del control fiscal.

Ahora bien, el artículo 37 cuestionado, contiene una restricción al ejercicio de la función pública asignada a las contralorías, en la medida en que reduce su intervención al acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos que se establecen en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber, control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, necesariamente se tiene que concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.<sup>5</sup>

La amplitud de la cita es apenas proporcional a la importancia que tiene la decisión para la revisión de este tema pues en ella se salvaguarda la integridad del control fiscal y su carácter "objetivo", es decir, guiado por la existencia de recursos públicos.

---

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1191 de 13 de septiembre de 2000. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Así, de los diferentes pronunciamientos realizados por la jurisdicción administrativa y la Honorable Corte Constitucional quedó en claro que el control fiscal procede frente a todo manejo de fondos o bienes públicos, bien sea que ese manejo esté a cargo de servidores públicos o de particulares e independientemente de la forma social que adopte el responsable de la gestión. De igual forma, se dejó claramente establecido por la Corte Constitucional que el control fiscal que procede ejercer frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios debe realizarse en forma integral y aplicando los diferentes sistemas de control, de tal forma que se pueda conceptuar sobre el cumplimiento de los principios que rigen la gestión fiscal (eficiencia, economía, equidad y valoración de costos ambientales).

Actualmente, la forma en que se debe realizar el ejercicio del control fiscal se encuentra establecida en el artículo 5° de la Ley 689 de 2001 "[p]or la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994", en el cual se prevé que dicha función pública de competencia de las contralorías sólo puede realizarse sobre los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, en claro desconocimiento de lo establecido en el artículo 267 y de los abundantes pronunciamientos realizados por la jurisdicción constitucional, en los que no sólo se reconoce la procedencia del control fiscal frente a esta clase de sociedades cuando su capital cuenta con participación de recursos públicos, sino adicionalmente la procedencia de un control fiscal integral sobre dichas empresas, como se ha indicado en los párrafos anteriores. Establece el artículo 5° de la Ley 689 de 2001:

... Artículo 5°.- Modifícase el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

**Artículo 50.- Control Fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado.-**

"Artículo 50. Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Contralor General de la República expedirá el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, al cual deben someterse las contralorías departamentales, distritales y municipales. El incumplimiento a la sujeción a este reglamento será causal de mala conducta para los contralores departamentales, distritales y municipales. El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista.

Para el cumplimiento de dicha función, la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios. Por razones de eficiencia, el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente, mediante acto administrativo motivado, expedido con sujeción estricta a los alcances que concede el presente artículo y la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios o accionistas sea de los que están sujetos a su control".

En los apartes del artículo transcrito se establece que la vigilancia fiscal ejercida por los organismos de control en las empresas prestadoras de servicios públicos de naturaleza mixta o privada, debe limitarse a los aportes hechos por las entidades públicas a la empresa, así como a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre tales bienes, olvidando que, una vez se hace al aporte oficial, y éste se integra al patrimonio de la sociedad, resulta imposible diferenciar cuáles contratos y operaciones han comprometido o afectado el recurso público y cuáles no. De igual forma, se determina que la información que deberá ser suministrada a los organismos de control fiscal por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, será la misma que se suministra a los accionistas al final de cada ejercicio para la aprobación de los estados financieros, tratando de asimilar el control eventual que pueden ejercer los accionistas sobre el curso de la empresa, con la función pública de control fiscal y, desconociendo que los pronunciamientos proferidos por la H. Corte Constitucional, en los que ya se había estudiado normas similares que establecían la misma restricción, en las que se concluyó acerca de la violación de la Carta con la consagración de esta clase de disposiciones en nuestro ordenamiento jurídico.

Ello ha motivado que ante la Corte Constitucional ya se hayan promovido acciones de inconstitucionalidad en contra del artículo 5º aludido<sup>6</sup>. En estos procesos ha intervenido la Auditoría General de la República solicitando la declaratoria de inexecutable de la norma y la aplicación del principio de cosa juzgada, posición que se confía sea acogida por esa Honorable Corporación, pues, es evidente que las contralorías, para poder ejercer el control fiscal, deben incluir un control financiero, de gestión, resultados y de legalidad, como se desprende del texto del artículo 267 de la Carta

<sup>6</sup> Demandas D-3740 y D-3815, radicación de la Corte Constitucional.

y, por tanto, requieren acceder a la información contable de la empresa y sus soportes, a sus planes de desarrollo, a las actas de junta directiva, etc., documentos sobre los cuales se aplica el concepto de selectividad, el que permite definir la muestra a trabajar con el objeto de producir un pronunciamiento sobre la gestión de la entidad y evaluar la eficiencia, eficacia, economía y equidad de sus actuaciones y operaciones.

Aun cuando se está a la espera de que se produzca una decisión en la Corte Constitucional, lo cierto es que el control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto o privado, no sólo es posible, sino que constituye un imperativo constitucional siempre que exista participación de recursos públicos en la conformación del capital de la empresa y, por tanto, los organismos de control fiscal se encuentran facultados para solicitar la información que se requiera para el desarrollo de la vigilancia de la gestión fiscal.

De otra parte, es necesario tener en cuenta que si bien es cierto que el artículo 5º de la Ley 689 de 2001 fue demandado en su integridad, ello no ha impedido que el Contralor General de la República, haya hecho uso de la facultad que le fue reconocida en la norma para dictar el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado. Con base en dicha facultad expidió la Resolución Orgánica No. 05287 de fecha 26 de noviembre de 2001, en la que establece la información que se puede exigir a las empresas de servicios públicos domiciliarios para el ejercicio del control fiscal, así como la periodicidad dentro de la cual deberá ser suministrada; para tal efecto, la Contraloría General discriminó la información dependiendo del grado de participación de recursos públicos en la conformación del capital de la empresa.

Es de especial importancia lo establecido en los artículos 22 y 23 de la referida Resolución para efectos de absolver los interrogantes planteados en la consulta, razón por la cual se transcribe a continuación su texto:

**Artículo Veintidós: Determinación de competencias.-** El control fiscal sobre las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, será ejercido por el ente fiscal que corresponda a la entidad con mayor participación accionaria, tratándose del orden nacional, departamental, distrital o municipal.

**Parágrafo primero.-** En caso de que la participación en el capital de las Empresas de Servicios Públicos sea igual entre entidades públicas de los órdenes previstos en este

artículo, primará la vigilancia de la Contraloría del ente territorial de mayor jerarquía.

**Parágrafo segundo.-** En desarrollo del artículo 209 de la Constitución Política, cuando los aportes o participaciones estatales correspondan a entes territoriales de igual categoría, el control fiscal será ejercido por la Contraloría en la cual tenga su sede principal la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios.

**Parágrafo tercero.-** Cuando se trata de aportes o participaciones estatales iguales que correspondan a entes diferentes ubicados en la misma jurisdicción territorial o en jurisdicciones diferentes, en caso de no existir acuerdo, el control fiscal será dirimido por la Contraloría General de la República<sup>7</sup>.

**Artículo Veintitrés.- Control concurrente.-** Para el efecto del control fiscal en dichas Empresas ejercido por las contralorías territoriales de orden departamental, distrital o municipal, sin perjuicio del control que a éstas les corresponde, la Contraloría General de la República excepcionalmente podrá intervenir en la forma y circunstancia consagrada en el artículo 26 de la Ley 42 de 1993, de conformidad con la competencia concurrente al tenor de lo consignado en la sentencia C-403, Expediente D 2324 de la Corte Constitucional de fecha 2 de junio de 1999.

Lo anterior nos permite concluir, con fundadas razones, que el aplicador jurídico, en este caso el organismo de control, está en la obligación de preferir la Constitución sobre toda otra norma, dándole la primacía que se merece dentro de nuestro ordenamiento. Como en el caso sub-exámene existen expresos pronunciamientos de las Altas Cortes, los cuales deben ser atendidos, esta Oficina considera viable aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto a restricciones al control fiscal en el evento en que existan recursos públicos comprometidos.

## 2.2.- El caso de la Empresa de Energía del Pacífico S.A.-E.S.P. "EPSA".-

La Empresa de Energía del Pacífico S.A.-E.S.P. fue creada por el Decreto 1275 de 21 de junio de 1994, como una sociedad entre entidades públicas, constituida como sociedad anónima, que

---

<sup>7</sup> Es de advertir que con esta previsión se desconoce que la atribución para dirimir conflictos de competencias administrativas se encuentra radicada en el Tribunal Administrativo correspondiente o en el Consejo de Estado, según se trate, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo.

tendría a su cargo la generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, funciones que con anterioridad venía desarrollando la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca -C.V.C.-.

En la norma que autorizó su creación, se previó que en la constitución de EPSA participaría la Nación y se autorizó a participar a los departamentos del Valle del Cauca y del Cauca, los municipios del departamento del Cauca en donde se encuentra ubicada la represa de Salvajina y las Empresas Municipales de Cali (EMCALI), así como particulares y otras entidades públicas, siempre que fueran debidamente autorizadas para tal efecto (artículo 14). Para tal efecto, se previó, en los artículos 18 y 19, del mencionado decreto ley:

**CAPITULO II**

**Transferencia de Activos y Pasivos de la Corporación Autónoma Regional del Cauca, CVC, relacionados con la Actividad Eléctrica y Capitalización de Epsa**

**Artículo 18.- Valoración del componente eléctrico de CVC.** El componente eléctrico de la CVC deberá valorarse como negocio en marcha. Incluyendo dentro de los pasivos, el pasivo laboral correspondiente a pensiones e indemnizaciones. El valor resultante deberá ser revisado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

**Artículo 19.- Transferencia de activos y pasivos.** Con base en el valor del componente eléctrico de la CVC, aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, CVC aportará por cuenta de la nación dichos activos y pasivos a EPSA, la cual emitirá las acciones correspondientes a nombre de la nación, entregándolas en fiducia a la Financiera Energética Nacional con el encargo irrevocable de que se proceda a enajenar dichas acciones en la siguiente forma:

a. Hasta el 45% entre las siguientes entidades, con los topes de participación que se señalan:

Departamento del Valle del Cauca	hasta un 10%
Departamento del Cauca	hasta un 10%
Municipios del Cauca en los cuales se encuentra la represa de Salvajina	hasta un 5%
Empresas Municipales de Cali	hasta un 20%

La enajenación de estas acciones se hará en las siguientes condiciones:

Plazo: veinte años

Tasa de interés: interés legal civil (6% anual sobre saldos)  
Periodo de gracia: tres (3) años.

No obstante lo anterior, en cuanto se refiere a las acciones que adquieran las Empresas Municipales de Cali, la misma deberá pagar una cuarta parte de contado y el saldo en las mismas condiciones anteriores.

b. El 55 restante se deberá ofrecer al público en un plazo máximo de 24 meses contado a partir de la conformación de la sociedad, sin sujeción al derecho de preferencia en favor de entidades públicas establecidas legal o estatutariamente. Para el efecto, se aplicarán solamente las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la enajenación de acciones de la nación en entidades financieras, de acuerdo con el programa elaborado y presentado por la FEN. Las personas que deseen adquirir el 5% o más de las acciones en circulación de la sociedad deberán acreditar a la FEN antes de la presentación de su propuesta que poseen capacidad e idoneidad técnica y financiera para participar en dicha sociedad.

**Parágrafo 1o.-** Entre los activos transferidos por CVC deberán incluirse las inversiones permanentes relacionadas con la actividad eléctrica que ésta tenga a la fecha de expedición del presente decreto, incluyendo su participación accionaria en sociedades.

**Parágrafo 2o.-** Para efectos de que EPSA pueda asumir gradualmente las funciones de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, la misma podrá celebrar los convenios que considere necesarios con CVC.

En desarrollo de estas disposiciones, se adelantaron las siguientes gestiones:

- 1.- En primer lugar, se constituye la Empresa de Energía del Pacífico S.A.- E.S.P. "EPSA", mediante la escritura pública 914 de 1994 y dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 5º del Decreto-ley, la CVC transfirió a EPSA las funciones de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, así como sus activos a la naciente empresa.
- 2.- Posteriormente, EPSA emitió acciones de la Nación 45% de los cuales fueron enajenadas al Departamento, los municipios y las Empresas Municipales de Cali -EMCALI-. El restante 55% fue ofrecido al público.
- 3.- La inversión de la CVC en EPSA también incluyó la represa de Salvajina y así fue incluido mediante la Resolución 4745 de 1995. En consideración a las valoraciones efectuadas, el 16% de la nueva empresa correspondía a la CVC.

4.- A su turno, el 55% ofrecido al público fue enajenado en los siguientes términos:

•	Consortio Venezolano- Estadounidense	56.7%
•	EMCALI	16.8%
•	CVC	16%
•	Departamento del Valle del Cauca	8.4%
•	Municipios de Morales y Suárez	1.8%
•	Empleados de EPSA	0.3%*

Estas actuaciones permiten inferir que la sociedad entre entidades públicas autorizada por el Decreto-ley 1275 de 1995, constituida como Sociedad por Acciones y cuyo objeto es la generación, transformación y comercialización de energía, cuenta dentro de su capital con participación de recursos públicos superior al 50% y por ende, es susceptible de ser clasificada como empresa de servicios públicos de carácter mixto, al tenor de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, cuyo texto se transcribe:

**Artículo 14. Definiciones.-** Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

[ . . . ] 14.5. **Empresa de servicios públicos oficial.-** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. **Empresa de servicios públicos mixta.-** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. **Empresa de servicios públicos privada.-** Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

Y aún si, por cualquier eventualidad, la participación estatal se redujera de un cincuenta por ciento (50%), es claro que también se aplicaría, en su plenitud, el control fiscal integral. En efecto, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional citados en la primera parte de este escrito, el ejercicio del control

---

\* Se ignora si ha habido cambios en relación con la composición accionaria luego de toda esta serie de actuaciones.

fiscal procede siempre que exista un peso del Estado comprometido en la actividad desarrollada por particulares, por tal razón, es posible concluir que tratándose de esta clase de empresas el control fiscal se ejerce: sobre las empresas de servicios públicos oficiales (aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquellas o éstas tengan el 100% de los aportes: art. 14.5); sobre las empresas de servicios públicos mixtas (aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquellas o éstas tengan aportes iguales o superiores al 50%: art. 14.6); e inclusive en las empresas de servicios públicos denominadas privadas (aquellas cuyo capital pertenece mavoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares: art. 14.7), en el entendido de que en todas ellas se admite la existencia de dineros oficiales, incluso en la última modalidad, como puede inferirse de la sola lectura del aparte subrayado y, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en la sentencia C-953 de 1999, por el hecho de que se fusionen recursos públicos y privados para la realización de actividades que se rigen por el derecho privado, no se desvirtúa la naturaleza de los primeros. En efecto, ha indicado esa Honorable Corporación:

[ . . . ] 4.6. Por otra parte, se observa por la Corte que el artículo 210 de la Constitución establece que las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional deben ser creadas por la ley o con su autorización "con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa", norma ésta que en armonía con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta permite que el Congreso de la República en ejercicio de su atribución de "hacer las leyes" dicte el régimen jurídico con sujeción al cual habrán de funcionar los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las empresas de economía mixta. Ello no significa que so pretexto de establecer ese régimen para estas últimas se pueda establecer desconocer que cuando el capital de una empresa incluya aportes del Estado o de una de sus entidades territoriales en proporción inferior al cincuenta por ciento (50%) del mismo, no alcanzan la naturaleza jurídica de sociedades comerciales o empresas de "economía mixta", pues, se insiste, esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución.<sup>9</sup>

De acuerdo con lo anterior, EPSA es una empresa de servicios públicos domiciliarios constituida con participación mayoritaria de recursos públicos (los aportados por la Nación, los departamentos, distritos y municipios debidamente autorizados para el efecto) y, por tanto, frente a ella procede el ejercicio del control fiscal por parte de la Contraloría que corresponda a la entidad territorial que tenga mayor participación en el capital de la empresa (artículo 22 de la Resolución Orgánica No. 05287 de 26 de noviembre de 2001).

Debido a que no se tiene conocimiento acerca del grado de participación que tiene el Municipio de Buenaventura en el capital de la Empresa de Energía del Pacífico S.A.-E.S.P. "EPSA", no es posible en esta consulta establecer si corresponde a ese organismo de control fiscal el ejercicio de la vigilancia sobre la gestión fiscal adelantada por la EPSA y, en consecuencia, exigir la información que ha sido requerida en reiteradas oportunidades al Gerente de la empresa. Esta misma apreciación cabe respecto de la problemática que se presenta en el río Anchicayá, pues desde el punto de vista del control fiscal, cualquier evaluación sobre la gestión ambiental realizada por la EPSA le corresponde evaluarla al organismo de control que sea competente para ejercer el control fiscal o, al Ministerio del Medio Ambiente en lo de su competencia.

Para finalizar, sólo cabe destacar que si la Contraloría Municipal de Buenaventura no resulta ser la competente para ejercer control fiscal sobre la Empresa de Energía del Pacífico S.A.-E.S.P. "EPSA" en consideración a la participación del municipio en su capital social y no obstante que exista otro ente de control competente, bien puede acudir al ejercicio de la acción popular o coadyuvar la acción de grupo<sup>10</sup> promovida por los habitantes afectados en defensa de los derechos o intereses colectivos amenazados o vulnerados con la actuación realizada por la "EPSA", al tenor de lo establecido en los artículos 12 y 24 de la Ley 472 de agosto 5 de 1998 "[p]or la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones

---

<sup>9</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-953 de 1 de diciembre de 1999. Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>10</sup> Del oficio enviado por el Coordinador de Gestión de la Gerencia Departamental del Valle de la Contraloría General de la República se desprende que, parte de la población del municipio de Buenaventura ha sido afectada por el problema ambiental generado con ocasión a la contaminación de que ha sido objeto el río Anchicayá, razón por la cual, en el evento en que se hayan producido perjuicios cuantificables individualmente, se deberá promover una acción de grupo y no, una acción popular; en este evento puede la Contraloría Municipal coadyuvar la acción.

populares y de grupo y se dictan otras disposiciones", que facultan expresamente a las entidades públicas que cumplan funciones de control para promover acciones populares y para coadyuvar las pretensiones formuladas en cualquiera de esta clase de procesos en apoyo a la ciudadanía; vértice mismo de los organismos de control.

Resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, me suscribo de usted,

Atentamente,

Original Firmado Por:

Juan Fernando Romero Tobón.

**JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN**

Director de la Oficina Jurídica

DPA

c.c. Auditor Delegado  
Gerentes Seccionales