

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
 Al Contador de N.U.R. 110-2-31627 03/02/2007 05:35 p.m.
 Trámite: 435 - CONCEPTO
 C02434 Asistencia al JUDICIO Político y Administrativo
 Org. 118 OFICINA JURIDICA
 DUEÑO GERENTE GENERAL EDATEL



Borrador Conto Jurídico

16472412
 12-01-07

Bogotá, D.C.,
 01110-

Doctor:
CARLOS MARIO FONNEGRA TAMAYO
 Gerente General
 EDATEL
 Calle 41 No. 52-28
 Medellín (Antioquia)

REFERENCIA: N.U.R.: 100-1-30883
 Solicitud de Concepto Jurídico.

Respetado Doctor Fonnegra Tamayo:

La ley 142 de 1994, establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía, distribución de gas combustible, TPBC y TLM, y tiene como objetivo establecer unas reglas mínimas de intervención para las empresas prestadoras de estos servicios, con el fin de dar desarrollo a los fines constitucionales establecidos en los artículos 334, 336, 365 y siguientes de la Carta Fundamental.

Dichos fines buscan garantizar la calidad del servicio, la ampliación permanente de la cobertura, la prestación continua, eficiente e ininterrumpida del servicio, la libertad de competencia, el acceso democrático a los servicios y la regulación tarifaria adecuada a la capacidad de los usuarios.

De esa manera lo ha entendido el máximo Tribunal Constitucional, cuando ha señalado la noción de servicios públicos, de la siguiente manera:

"Noción de servicio público

3. Los servicios públicos no pueden verse como una pesada carga que recae sobre el Estado burocrático sino como un logro conceptual y jurídico de los ciudadanos en su propio beneficio. La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es, por tanto, la de vasallo o súbdito y monarca sino la de ciudadano-servidores públicos.

El contenido filosófico-político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona.

*Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes constitucionales (CP art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros.*¹

En ese orden de ideas, la importancia de los servicios públicos radica en ser un instrumento de desarrollo, y a la vez un medio para avanzar en el cumplimiento de las finalidades del Estado Social de Derecho. Dice la Corte Constitucional:

"4. El Estado social y democrático de derecho tiene una concreción técnica en la noción de servicio público. El Constituyente al acoger esta forma de organización político-social elevó a deber constitucional del Estado suministrar prestaciones a la colectividad. La naturaleza social y democrática del Estado considera a cada ciudadano como un fin en sí mismo, en razón de su dignidad humana y de su derecho a la realización personal dentro de un proyecto comunitario que propugna por la igualdad real de todos los miembros de la sociedad. Por lo tanto, la administración está sujeta a un concepto evolutivo de mayores prestaciones y mejores servicios al público, según las cambiantes necesidades y la complejidad del mundo moderno.

La idea de servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas. La legitimidad del Estado depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública. La

¹ Sentencia T-540 de 1992. SEPTIEMBRE 24 DE 1992 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

población es sensible a la efectiva realización de los fines esenciales del Estado, en particular porque sobre ella pesa la carga del régimen impositivo. La corrupción y el fraude generalizados hacen que el ciudadano perciba la presencia del Estado como una carga insoportable y pueden conducir a su destrucción o al desmonte de las prestaciones sociales a su cargo. Por ello los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de la solidaridad social." (Subrayado y negrillas fuera del texto).²

Así las cosas, y dada la importancia esencial de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, la intervención del Estado se manifiesta a través de la reglamentación estatutaria del régimen jurídico correspondiente a las empresas prestadoras, las obligaciones de aquellas, los derechos de los usuarios y la naturaleza de los servicios prestados.

Sin embargo, debido a la naturaleza misma de los servicios, el Constituyente ha considerado pertinente establecer el régimen de regulación y control aplicable a los mismos, con el fin de garantizar que dicha prestación cumpla con los cometidos señalados por la Constitución y la Ley, con miras a satisfacer las necesidades básicas de los asociados.

"4.- Como fue mencionado, la sentencia C-493 de 1997 tuvo ocasión de referirse a un tema similar y en aquella oportunidad indicó que los servicios públicos domiciliarios tienen como finalidad satisfacer las necesidades esenciales de las personas. De otro lado, resaltó que la Constitución señala que la determinación de su régimen jurídico corresponde al legislador, pero en todo caso el Estado mantiene control y vigilancia sobre la regulación (artículo 365 C.P.).

En cuanto a la relación de las empresas con los usuarios, esta Corte anotó que la naturaleza de la relación jurídica entre la empresa de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios no es sólo contractual sino también estatutaria, pues su prestación involucra derechos constitucionales y su reglamentación obedece a intereses públicos determinados y ello justifica la vigilancia del Estado ya mencionada Sentencia T-540 de 1992

Así, puede concluirse que el legislador tiene una amplia potestad en la regulación de los servicios públicos, pero que el Estado mantiene su supervisión en razón a la

² Sentencia T-540 de 1992. SEPTIEMBRE 24 DE 1992 Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

trascendencia de los intereses en juego. *Observa la Corte que como el cargo que ahora estudia trata de la inclusión del poseedor, suscriptor, propietario o usuario como solidarios en sus obligaciones y derechos en el contrato de prestación de servicios públicos, en este punto resultan aplicables los argumentos esgrimidos por este Tribunal cuando estudió el artículo 130 de la ley 142 de 1994, reformado por la norma aquí demandada.*³(Subrayado y negrillas fuera del texto).

Por otra parte, la Ley 142 de 1994, señala en su artículo 14 unas definiciones necesarias para la aplicación y la debida interpretación del estatuto de servicios públicos:

"Art. 14: Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

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 tiene aportes iguales o superiores al 50% (Subrayado y negrillas fuera del texto).

De lo anterior se colige que la calidad de mixta, para una empresa de servicios públicos, deriva de la participación accionaria que tengan en ella personas jurídicas de derecho público, la nación o las entidades territoriales. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en la Ley 142, dichas empresas se regirán por lo dispuesto en el Código de Comercio sobre sociedades anónimas. Sin embargo, es necesario entender que dicho régimen se entiende aplicable para efectos de la constitución y ejecución de su objeto social, pero en ningún momento con relación a la satisfacción de las necesidades esenciales mediante la prestación del servicio, pues dicha prestación encuentra su sustento inicial en la Constitución Política, y en los fines esenciales que persigue el Estado Social de Derecho.

No considerar lo anterior como un elemento esencial de la estructura organizacional y del desarrollo de la actividad por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, es desconocer las garantías constitucionales otorgadas a los usuarios en materia de servicios públicos.

Por otra parte, el Consejo de Estado ha sido claro al señalar que las empresas señaladas por la Ley 489 de 1998, constituyen una lista meramente enunciativa, y en ningún momento debe tomarse como una enumeración taxativa de las mismas, razón por la cual las empresas de servicios públicos

³ Sentencia C-690 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil dos (2002).

domiciliarios mixtas no se encuentran excluidas de la ley. Señala el Tribunal de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

"En cuarto lugar, estima la Sala incorrecto decir que la ley 489 solo dispuso que integran la rama ejecutiva del poder público las "empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios", lo cual se ha deducido del hecho de que el artículo 38, literal d), señala que hacen parte de ella "d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios". A contrario sensu, se ha dicho que la ley no incluyó a las empresas mixtas.

Este entendimiento es equivocado, por dos razones. De un lado, porque -según ya se dijo- las empresas mixtas de SPD no se diferencian, en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y que tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Según este argumento, las empresas mixtas de SPD están incluidas en el literal f) del art. 38, que precisa que integran la rama ejecutiva "f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta" De otro lado, estas entidades también pertenecen a la estructura del Estado porque el propio artículo 38 establece, en el literal g) -en caso de que el anterior argumento fuera insuficiente-, que integran la rama ejecutiva "g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público." (Negrillas fuera de texto). En defecto de cualquier otra razón, esto explicaría la integración de toda otra entidad administrativa, que como en el caso de las empresas mixtas de SPD requiere autorización legal, ordenanzal, de acuerdo o equivalentes, para ser creada."

Desconocer que las empresas mixtas hacen parte de la estructura del estado, resulta por demás riesgoso porque puede llevar a una inaplicación de las garantías constitucionales y legales consagradas para los usuarios, como sujetos últimos de la prestación de los servicios públicos.

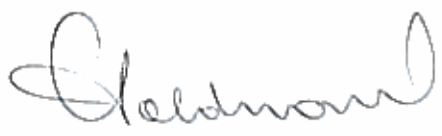
De acuerdo a lo establecido por el Consejo de Estado, y adecuando la naturaleza esencial de los servicio públicos, consagrada a nivel constitucional, las empresas de servicios públicos mixtas hacen parte de la estructura del estado, y son sujetos de control fiscal de carácter directo por parte de la

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00017-00(29703)

Contraloría General de la República, que ejerce el control fiscal de acuerdo a las potestades otorgadas por la Constitución y la ley.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, con base en la información que ha sido suministrada por usted a este Despacho y, por tanto, no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,



CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA
Director Oficina Jurídica



MEMORANDO INTERNO

PARA: Doctor: **CIRO ALBERTO VALDERRAMA**
Director Oficina Jurídica

DE: Doctor: **ANDRÉS AUGUSTO DÍAZ SÁENZ**
Auditor Auxiliar

REFERENCIA: Consulta obligación de EDATEL S.A. E.S.P. de Rendición de Cuentas a la CGR , Sistema de Información de Estadística Fiscal SIDEF

Para lo de su competencia, y fines pertinentes.

Cordialmente,

ANDRÉS AUGUSTO DÍAZ SÁENZ
Auditor Auxiliar

DR MATEO
27-12-06
28/12/2006
09:25 AM
AW/BD
puvel
27-12-06
7

D. C. Ciro



000 66 233 . . .

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al conmutador city N. U. R. 100-1-30883 26/12/2006 03:27 p.m.
Trámite: 445 - CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
E-29017 Actividad: 01 EFICIO, Folio: 3, Anexo: NO
Origen: EDATEL S.A. CARLOS MARIÓ FOMINEGRA
Destino: 100 AUDITOR GENERAL

Medellin,

21 DIC 2006

Doctora
PIEDAD AMPARO ZÚÑIGA QUINTERO
Auditora General de la República
AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Carrera 10 17 - 18, piso 9
FAX 591 3186790, Teléfono 591 3186800
Bogotá, D.C

ASUNTO: Consulta obligación de EDATEL S.A. E.S.P. de Rendición de Cuentas a la Contraloría General de la República -CGR-, Sistema de Información de Estadística Fiscal SIFE.

Con motivo de requerimiento de la Contraloría General de la República, por intermedio de la Dirección de Cuentas y Estadísticas Fiscales -Contraloría Delegada para Economía y Finanzas Públicas-, referido al reporte de información al aplicativo de base de datos denominado Sistema de Información de Estadística Fiscal SIFE, conforme a lo dispuesto en el artículo 268 de la Constitución Política, los artículos 41 y 42 de la Ley 42 de 1993, y en especial, la Resolución Orgánica 5544 del 17 de diciembre de 2003, por la cual se reglamenta la rendición de cuenta, su revisión y se unifica la información que se presenta a la Contraloría General de la República, norma última que consideramos no es aplicable o de obligatorio cumplimiento para EDATEL S.A. E.S.P., teniendo en cuenta su naturaleza jurídica y régimen legal y de control fiscal a que está sometida, nos permitimos exponer a ese Despacho las razones de orden legal en que se fundamenta EDATEL para, a la fecha, no reportar la mencionada información.

1. EDATEL S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta del tipo de las anónimas - no es una sociedad de economía mixta -; se rige por la Ley 142 de 1994, de acuerdo con la cual sus actos están sometidos al derecho privado - Regulación del Código de Comercio para las sociedades anónimas -.
2. Composición accionaria de EDATEL S.A. E.S.P.: 75.82% de capital público y 24.18% de capital privado, lo cual conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la ubica dentro de la clasificación de Empresa de Servicios Públicos Mixta.
3. De conformidad con lo establecido en la Ley 489 de 1998, artículos 38 y 68 respectivamente, por la cual se regula el ejercicio de la función administrativa y se determina la estructura de la Rama Ejecutiva del Poder Público, no está adscrita ni es descentralizada de ningún orden territorial. En efecto, la precitada Ley al integrar la Rama Ejecutiva del poder público - artículo 68 -, no incluyó las empresas de servicios públicos mixtas como parte del sector descentralizado, como si ocurrió con las empresas industriales y comerciales del Estado y con las



Calle 41 No. 52-28 • Conmutador: (574) 384 63 84 • Fax: (574) 384 65 00 Medellín - Colombia
Carrera 5ª No. 33-25 • Conmutador: (574) 792 00 10 • Fax: (574) 792 00 04 Montería - Colombia
NIT: 890.905.065-2 • E-mail: edatel@edatel.com.co
LINEA ECO DE SERVICIO AL CLIENTE 01 8000 401 401

1 000

empresas de servicios públicos oficiales, lo que lleva a concluir que las empresas de servicios públicos mixtas, como lo es EDATEL, no son entidades oficiales ni descentralizadas y por lo tanto, no es dado darles el tratamiento de entidades estatales.

4. No teniendo EDATEL la condición de Entidad Estatal, Oficial o Pública, se ha entendido que no es sujeto de vigilancia y control fiscal directo de la Contraloría General de la República -facultada para ejercer control excepcional sobre la misma- y en consecuencia, no le obliga el cumplimiento de la Resolución 5544 de 2003, cuyo ámbito de aplicación "es para todas las entidades del orden nacional, territorial y a los particulares que administren o manejen fondos, bienes o recursos públicos en sus diferentes y sucesivas etapas de planeación, recaudo o percepción, conservación, adquisición, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición, sin importar su monto o participación, que estén sometidos o sean de la vigilancia y control fiscal de la Contraloría General de la República, por disposición Constitucional y Legal ...". -Negrilla fuera de texto-

5. EDATEL se acoge al Sistema de Rendición de Cuentas de la Contraloría General de Medellín, reglamentado por medio de la Resolución 050 del 29 de enero de 2003. Resolución que dentro de los considerandos y/o motivación legal, establece que en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter oficial y mixtas, el control fiscal se ejercía en la forma prescrita por la Contraloría General de la República en la Resolución 05287 del 26 de noviembre de 2001, de conformidad con el artículo 27 de la misma. Resolución que se dictó con fundamento en el artículo 5° de la Ley 689 del 28 de agosto de 2001 que modificó parcialmente la Ley 142 de 1994, ordenando al Contralor General de la República expedir, dentro de los tres meses siguientes a la expedición de dicha Ley, el Reglamento General sobre el Sistema Único de Control Fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, al cual debían someterse las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales. La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-290 del 23 de abril de 2002, con ponencia de la doctora Clara Inés Vargas Hernández, declaró inexecutable el siguiente aparte del artículo 5° de la Ley 689 de 2001: "Dentro de los tres 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 ...". La decisión la fundamentó la Corte Constitucional en el hecho de que la Contraloría General de la República no era la competente para expedir el aludido reglamento, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 272 de la Carta, las contralorías territoriales ejercen sus funciones en forma autónoma, es decir, sin subordinación alguna de carácter jerárquico respecto del Contralor General de la República.

6. La Contraloría General de Medellín hace responsable a EDATEL S.A. E.S.P. de la rendición de cuentas, enmarcándola dentro de las empresas de servicios públicos



domiciliarios con participación mayoritaria, directa o indirecta del Municipio de Medellín o de alguna de sus entidades descentralizadas. Organismo de Control Fiscal al que se sugirió respetuosamente a la Contraloría General de la República -CGR-, bien podía solicitar la información en cuestión.

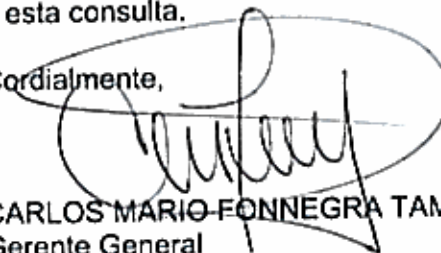
Revisada la relación de la información que se rinde a la Contraloría General de Medellín, de acuerdo con lo establecido en la Resolución 050 de 2003 sobre el Sistema de Rendición de Cuentas, se pudo identificar que es común a la que requiere la Contraloría General de la República para el Sistema de Información de Estadística Fiscal SIDEF, la que se refiere al Sistema Estadístico Unificado de Deuda SEUD. El aplicativo de base de datos SIDEF consta de los siguientes módulos: 1. Información general de la entidad; 2. Programación y ejecución de ingresos; 3. Programación y ejecución de gastos para la vigencia y para las reservas y cuentas por pagar de la vigencia anterior; 4. Informe de tesorería; 5. Flujos económicos transaccionales y no transaccionales, y 6. Estadística de personal ocupado y su costo. Resulta importante señalar, que para acceder a dicho aplicativo es necesario realizar una serie de adecuaciones internas que involucran las áreas de informática, administrativa y Financiera, lo cual se traduce en duplicación de costos por concepto de Rendición de Cuentas.

Los argumentos expuestos, aunados a la finalidad del SIDEF de compilar la información del sistema de cuentas y estadísticas fiscales necesaria para certificar la situación de las finanzas del Estado, dentro de las que no se encuentra EDATEL -no sometida al Estatuto Orgánico del Presupuesto-, han servido de soporte a la posición asumida frente a la aplicación y/o cumplimiento de la Resolución 5544 de 2003.

Lo anterior, para respetuosamente solicitarle se estudie por su Despacho esta situación y se conceptúe sobre la obligación o no a cargo de EDATEL S.A. E.S.P. de reportar la información para el SIDEF a la Contraloría General de la República -CGR-, Dirección de Cuentas y Estadísticas de la Contraloría Delegada para Economía y Finanzas Públicas.

Agradecemos su colaboración y quedamos atentos a la respuesta que se sirva brindar a esta consulta.

Cordialmente,


CARLOS MARIO FONNEGRA TAMAYO
 Gerente General

Copia: Control Interno EDATEL

Elaboró: Beatriz Gisela Benítez O. ²¹³⁵
 Revisó: Gloria Patricia Velásquez V.

