



NIT.830.024.104-2

Bogotá, 5 de diciembre de 2012

AUDITORÍA  
GENERAL



Rad No 2012-233-007665-2

Fecha 06/12/2012 08:29:15

Us Rad GESGOMEZ

Asunto : DERECHO DE PETICION

Destino : / Rem CIU GRUPO SERVICIOS GENERALES

www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

Doctor

**JAIME RAÚL ARDILA BARRERA**

**AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA**

Avenida La Esperanza No. 62 – 49

Edificio Gran Estación II, Piso 10

Ciudad

**ASUNTO: DERECHO DE PETICIÓN**

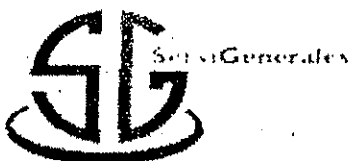
**IVONNE M. ARISTIZABAL ROJAS** mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, vecina de la ciudad de Bogotá, con fundamento en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y los artículos 5 ss, del Código Contencioso Administrativo, actuando en condición de Representante Legal de la empresa Servigenerales S.A. E.S.P. la cual acredito con certificado de existencia y representación legal que aporto junto a este escrito, me permito impetrar Derecho de Petición a la Contaduría General de la Nación basada en los siguientes:

#### HECHOS

1. **SERVICIOS GENERALES EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO-SERVIGENERALES S.A. E.S.P.-** es una empresa prestadora de servicios públicos constituida en noviembre de 1996., fecha desde la cual ha prestado el servicio público de aseo y actividades complementarias en varias ciudades del país.
2. **SERVIGENERALES S.A. E.S.P.,** es una empresa constituida con capital cien por ciento (100%) privado.
3. Habida cuenta de su naturaleza, es decir, por tratarse de una empresa prestadora de servicios públicos, **SERVIGENERALES S.A. E.S.P.** está sometida a un régimen legal especial como lo es la Ley 142 de 1994.
4. De conformidad con lo estipulado en el artículo 32 de la Ley 142 de 1994, la constitución y los actos de las empresas prestadoras de servicios públicos, incluidos las actuaciones requeridas para su administración, se regirán exclusivamente por reglas de derecho privado, independientemente de la procedencia de su capital.
5. Las empresas prestadoras del servicio público de aseo, efectúan el cálculo, aplicación y cobro de sus tarifas de conformidad con lo establecido por la Comisión de Regulación del Agua y Saneamiento Básico, en la Resolución CRA 151 de 2001.

06 DIC. 2012

MJP  
6/12/12  
2:49 pm



NIT.830.024.104-2

- 6. La vigilancia sobre la correcta aplicación de las tarifas calculadas y aplicadas de conformidad con la Resolución CRA 151 de 2001, es adelantada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en atención a las funciones legalmente conferidas a esta entidad.
- 7. Con ocasión del Informe Preliminar proferido por la Contraloría de Montería, como resultado de la Auditoría Gubernamental con Enfoque Integral Modalidad Especial A; llevada a cabo sobre de la ejecución del contrato de concesión No. 003, suscrito entre **SERVIGENERALES S.A. E.S.P.** y el Municipio de Montería, cuyo objeto es **OPERACIÓN ESPECIALIZADA DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO EN LOS COMPONENTES DE BARRIDO Y LIMPIEZA DE VÍAS Y ÁREAS PÚBLICAS, RECOLECCIÓN Y TRANSPORTE, DISPOSICIÓN FINAL Y GESTIÓN COMERCIAL, EN EL ÁREA URBANA DEL MUNICIPIO DE MONTERÍA, DEPARTAMENTO DE CORDOBA Y EN EL CORREGIMIENTO DE "LOS GARZONES"** por las vigencias 2009, 2010 y 2011, al interior de esta sociedad surgen una serie de inquietudes, razón por la cual de manera respetuosa ejercemos el derecho fundamental de petición.

**PRETENSIONES**

**PRIMERA:** Que se nos indique si la Contraloría Municipal de Montería tiene la facultad de auditar el cobro de tarifas efectuado por **SERVIGENERALES S.A. E.S.P.** en ejecución del objeto del Contrato de Concesión No. 003 de 2005 antes mencionado, aun cuando esta función la desarrolla la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de forma periódica, como persona de derecho público adscrita al Ministerio de Desarrollo que tendrá las funciones y la estructura que la ley determina, en ejercicio de una de la funciones otorgada por Ley.

**FUNDAMENTOS LEGALES**

**Código Contencioso Administrativo**

Artículo 13. Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado.



NIT.830.024.104-2

**Ley 142 de 1994**

Artículo 32 Régimen de derecho privado para los actos de las empresas. Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado.

Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997

La regla precedente se aplicará, inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 066 de 1997

Se entiende que la autorización para que una entidad pública haga parte de una empresa de servicios públicos organizada como sociedad por acciones, faculta a su representante legal, de acuerdo con los estatutos de la entidad, para realizar respecto de la sociedad, las acciones y los derechos inherentes a ellas todos los actos que la ley y los estatutos permiten a los socios particulares.

Artículo 79. Modificado por el art. 13 de la Ley 689 de 2001. , Adicionado por el art. 96, Ley 1151 de 2007. Funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos. Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las haga sujeto de aplicación de la presente Ley, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia. Son funciones especiales de ésta las siguientes:

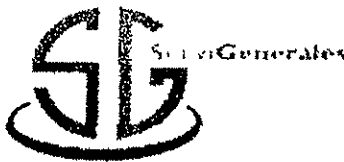
79.1. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte en forma directa e inmediata a usuarios determinados; y sancionar sus violaciones, siempre y cuando esta función no sea competencia de otra autoridad.

79.2. Vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios, y apoyar las labores que en este mismo sentido desarrollan los "comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios"; y sancionar sus violaciones.

79.3. Establecer los sistemas uniformes de información y contabilidad que deben aplicar quienes presten servicios públicos, según la naturaleza del servicio y el monto de sus activos, y con sujeción siempre a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

79.4. Definir por vía general las tarifas de las contribuciones a las que se refiere el artículo 85 de esta Ley; liquidar y cobrar a cada contribuyente lo que le corresponda.

79.5. Dar concepto a las comisiones y ministerios sobre las medidas que se estudien en relación con los servicios públicos.



NIT.830.024.104-2

79.6. Vigilar que los subsidios presupuestales que la Nación, los departamentos y los municipios destinan a las personas de menores ingresos, se utilicen en la forma prevista en las normas pertinentes.

79.7. Solicitar documentos, inclusive contables; y practicar las visitas, inspecciones y pruebas que sean necesarias para el cumplimiento de sus demás funciones.

79.8. Mantener un registro actualizado de las entidades que prestan los servicios públicos.

79.9. Tomar posesión de las empresas de servicios públicos, en los casos y para los propósitos que contemplan el artículo 59 de esta Ley, y las disposiciones concordantes.

79.10. Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos, de acuerdo con los indicadores definidos por las comisiones; publicar sus evaluaciones; y proporcionar en forma oportuna toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes. El Superintendente podrá acordar con las empresas programas de gestión para que se ajusten a los indicadores que hayan definido las comisiones de regulación, e imponer sanciones por el incumplimiento.

79.11. Adjudicar a las personas que iniciaron, impulsaron o colaboraron en un procedimiento administrativo, tendiente a corregir violaciones de las normas relacionadas especialmente con los servicios públicos, una parte de las multas a la que se refiere el numeral 81.2. del artículo 81, para resarcirlos por el tiempo, el esfuerzo y los gastos y costos en que hayan incurrido o por los perjuicios que se les hayan ocasionado. Las decisiones respectivas podrán ser consultadas a la comisión de regulación del servicio público de que se trate. Esta adjudicación será obligatoria cuando la violación haya consistido en el uso indebido o negligente de las facturas de servicios públicos, y la persona que inició o colaboró en el procedimiento haya sido el perjudicado.

79.12. Verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios.

79.13. Definir por vía general la información que las empresas deben proporcionar sin costo al público; y señalar en concreto los valores que deben pagar las personas por la información especial que pidan a las empresas de servicios públicos, si no hay acuerdo entre el solicitante y la empresa.

79.14. Organizar todos los servicios administrativos indispensables para el funcionamiento de la Superintendencia.

79.15. Dar conceptos, no obligatorios, a petición de parte interesada, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a los que se refiere esta Ley; y hacer, a solicitud de todos los interesados, designaciones de personas que puedan colaborar en la mejor prestación de los servicios públicos o en la solución de controversias que puedan incidir en su prestación oportuna, cobertura o calidad.

79.16. Todas las demás que le asigne la ley.





Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20131100000251

Fecha: 03-01-2013

Bogotá, D.C.

110-001-2013

Doctora

**IVONNE M. ARISTIZABAL ROJAS**

Representante Legal (s)

SERVIGENERALES S.A. E.S.P.

Avenida Calle 82 No. 10-33. Piso 11

Ciudad

**Ref: Respuesta consulta elevada mediante Radicado 2012-233-007665-2.**

Respetada doctora Aristizábal:

A través de la presente esta dependencia procede a dar respuesta a la consulta de la referencia, elevada por usted, en los siguientes términos:

**A. SINTESIS DE LA CONSULTA**

*"(...)Que se nos indique si la Contraloría Municipal de Montería tiene la facultad de auditar el cobro de tarifas efectuado por SERVIGENERALES S.A. E.S.P. en ejecución del objeto del Contrato de Concesión No. 003 de 2005 antes mencionado, aun cuando esta función la desarrolla la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de forma periódica, como persona de derecho público adscrita al Ministerio de Desarrollo que tendrá las funciones y la estructura que la ley determina, en ejercicio de una de las funciones otorgadas por la Ley.(...)"*

**B. CONSIDERACION PRELIMINAR**

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que adelantamos un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas, que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia, ya que en la medida en la que los controladores resultaren involucrados en el proceso administrativo

específico, objeto de su escrutinio, y en la toma de decisiones, perderían toda la legitimidad para cumplir fiel e imparcialmente su función, razón más que suficiente para emitir pronunciamientos de carácter general y abstracto.

### C. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA

De acuerdo a la consulta por usted elevada, se procede por parte de esta dependencia a dar respuesta a la misma, en los siguientes términos:

#### • EJERCICIO DEL CONTROL FISCAL

El constituyente de 1991 estableció que todos los fondos o recursos públicos manejados por entidades nacionales o territoriales y por particulares fueran objeto de control de su gestión. Así las cosas, el artículo 274 superior, estableció que sería la ley la que determinaría la manera de ejercer la vigilancia fiscal a nivel departamental, distrital y municipal.

Así las cosas, dicha vigilancia está dada por la verificación de la correcta instrumentalización de los recursos públicos en el ejercicio de las actividades, funciones de administración y prestación de servicios públicos por parte del Estado.

Con base en el origen y destino del patrimonio, se otorga la categorización de recursos públicos o privados, por lo cual las entidades, independientemente de su calificación se encuentran sujetas para el manejo del presupuesto a los principios contenidos en el ordenamiento superior y a las normas presupuestales que deben armonizarse con el Estatuto Orgánico del Presupuesto<sup>1</sup>.

Es evidente la necesidad de ejercitar el control fiscal en los órdenes nacional, distrital y municipal<sup>2</sup>, en forma posterior y selectiva<sup>3</sup>, al tenor del artículo 267 superior que al tenor reza: ***“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación. (...)”*** Negrilla es nuestra.

Respecto a las entidades de orden distrital y municipal, el artículo 272 señala:

*“(...) La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva (...). Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268. (...)”*

El artículo 25 de la Ley 42 de 1993 establece la competencia para el ejercicio del control fiscal, es decir que si se trata de recursos de la Nación -fondos o dineros transferidos por la Nación-, le

<sup>1</sup> Artículo 352 C.P./91 y Artículo 109 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

<sup>2</sup> Cfr. Artículo 14 Decreto 777 de 1992.

<sup>3</sup> Sentencia C-623 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

corresponderá la vigilancia a la Contraloría General de la República en el porcentaje correspondiente, mientras que respecto de los recursos propios de las entidades territoriales la competencia corresponde a la respectiva contraloría territorial -municipal, distrital o departamental-.

Por su parte, la Ley 610 de 2000 establece los lineamientos que han de seguir los operadores jurídicos para establecer la responsabilidad fiscal de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o gravemente culposa un daño patrimonial al Estado. Así el proceso de responsabilidad se constituye en una actividad reglada y por tanto su trámite debe sujetarse a las disposiciones legales.

El legislador extendió la cobertura de la responsabilidad fiscal al servidor público que en forma directa o indirecta, en cualquier nivel de la administración pública, en ejercicio de la gestión fiscal cause detrimento a los fondos o bienes del Estado, en cuyo evento nace para el presunto responsable la obligación de reparar el daño causado. La responsabilidad que se genera tiene el carácter de independiente y autónoma, por lo que es procedente el concurso de varios procesos, tales como el civil, penal, disciplinario y administrativo.

Sobre el particular, es pertinente señalar que el Tribunal Constitucional en sentencia C-648 de 2002, definió algunos aspectos esenciales frente al proceso de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

*"(...)En relación con la responsabilidad fiscal, su finalidad es la de resarcir el patrimonio público por los detrimentos causados por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tenga a su cargo la gestión fiscal. Sus características esenciales son las de ser una modalidad de responsabilidad autónoma e independiente, de carácter administrativo y de contenido patrimonial o resarcitorio(...)"*

*"(...) El carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que éste ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección(...)"*

Así mismo, en sentencia SU-620 de 1996 señaló que la finalidad de la declaración de responsabilidad es la obtención de la indemnización por el detrimento patrimonial ocasionado a la entidad estatal, deduciéndose así su contenido meramente resarcitorio, que no tiene un carácter sancionatorio, ni penal ni administrativo. Por lo tanto, *"(...)Es una responsabilidad independiente y autónoma, distinta de la disciplinaria o de la penal que pueda corresponder por la comisión de los mismos hechos. En tal virtud puede existir una acumulación de responsabilidades, con las disciplinarias y penales, aunque se advierte que si se percibe la indemnización de perjuicios dentro del proceso penal, no es procedente al mismo tiempo obtener un nuevo reconocimiento de ellos a través de dicho proceso, como lo sostuvo la Corte en sentencia C-046/94(...)"*.



De lo anterior, se colige que la responsabilidad fiscal se constituye en un procedimiento independiente y autónomo, por lo que no es incompatible o excluyente respecto de otras responsabilidades que se investigan ante autoridades judiciales o administrativas por el detrimento patrimonial a las finanzas públicas, juicio que al movilizar el aparato jurisdiccional del Estado tiene como finalidad la sanción de las conductas que se constituyan en reproche social y patrimonial por el contenido de afectación global.

El proceso de responsabilidad fiscal se moviliza ante la presencia del daño patrimonial al Estado, que se concibe como la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, que no cumpla con los cometidos y fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías. Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.

#### • RENDICIÓN O REVISIÓN DE CUENTAS

La Constitución Política en su artículo 268 numerales 1º y 2º confían al Contralor General de la República la tarea de prescribir los métodos y la forma de rendir cuenta los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación.

Por su parte, el inc. 6º del artículo 272 Superior establece que los contralores departamentales, municipales y distritales en el ámbito de su jurisdicción ejercerán las competencias atribuidas en el artículo 268 constitucional al Contralor General de la República, **razón por la cual están debidamente habilitados para solicitar cuentas a quienes manejan fondos públicos.** Negrilla es nuestra.

Así las cosas, la rendición de la cuenta de conformidad con el artículo 14 de la Ley 42 de 1993 se constituye en el estudio especializado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario durante un período determinado, con miras a establecer la economía, la eficacia, la eficiencia y la equidad de sus actuaciones.

Por su parte, el artículo 15 ibídem establece que la cuenta se constituye en "(...)el informe acompañado de los documentos que soportan legal, técnica, financiera y contablemente las operaciones realizadas por los responsables del erario(...)". De ahí que la principal consecuencia de quienes adelantan gestión fiscal -servidores públicos o particulares- es que ellos se convierten en sujetos de rendición de cuenta en relación con las contralorías, precisamente por esa circunstancia.

En este orden de ideas, corresponde rendir cuentas como tales a los entes o personas que directamente manejen o administren recursos o fondos públicos denominados sujetos de control fiscal, quienes de conformidad con esta reglamentación están en el deber legal periódicamente

como allí se estipula de reportar su gestión a la Contraloría respectiva, además en cualquier momento y como consecuencia del ejercicio de vigilancia y control, ya sea a través del proceso auditor o de responsabilidad fiscal cuando se quiera exhortar a los extremos de la relación contractual -cuando manejan recursos públicos- al constituirse en sujetos de control fiscal para que rindan cuenta directamente del destino de los recursos públicos que fueron comprometidos en dicha relación contractual.

De lo anterior se colige, que toda persona natural o jurídica que administra recursos públicos como gestor fiscal es sujeto de control fiscal y, adicionalmente, tiene la responsabilidad de dar cuenta de su manejo a los entes de control, independientemente de la función de inspección, vigilancia y control que adelantan las Superintendencias.

#### • SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

El constituyente al acoger la fórmula social y democrática de derecho, elevó a deber constitucional del Estado, el suministro de mayores prestaciones y mejores servicios a la colectividad, en tanto que concibe 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 los asociados, teniendo en cuenta las cambiantes necesidades que exige la modernidad y que se concretan técnicamente en la noción de servicio público.

Así, los servicios públicos se constituyen en una conquista democrática que se reivindica en el principio de la solidaridad social, y que le permite al Estado alcanzar la justicia social y promover condiciones de igualdad real y efectiva en su prestación a través de la transferencia de bienes económicos y sociales con base en el principio de justicia redistributiva que mediante el pago discriminado de los servicios públicos según estratos y en función de la capacidad económica del usuario, permite un cubrimiento a sectores marginados que, en otras circunstancias, no tendrían acceso a los beneficios del desarrollo económico.

El artículo 365 superior se constituye en el fundamento constitucional de los servicios públicos al establecer que: *"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"*.

Así mismo, la Carta Política respecto a las competencias y responsabilidades para su prestación, preceptúa que *"La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán de apoyo y coordinación. La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas"*<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Artículo 367 Constitución Política de 1991.

Teniendo en cuenta que el modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 es el de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, limitando razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Por ello, no tiene un contenido neutro en términos económicos, ya que se funda en dos pilares que relacionan el poder estatal y el mercado. De ahí que el régimen de los servicios públicos domiciliarios no escapara a su regulación y se condensara en la Ley 142 de 1994<sup>5</sup> que se aplica a los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos; a la participación de entidades públicas en empresas de servicios públicos; el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos; los bienes de las empresas de servicios públicos; el régimen de actos y contratos de las empresas; de la regulación, control y vigilancia del Estado en los servicios públicos; de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; del régimen tarifario de las empresas de servicios públicos; de la estratificación socioeconómica; del contrato de servicios públicos; de la defensa de los usuarios es sede de la empresa; y normas especiales para algunos servicios.

La importancia de la regulación está dada por la creación de las condiciones para asegurar la eficiencia de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, regular los monopolios para prevenir abusos, promover la competencia, definir el régimen tarifario a partir de los costes económicamente eficientes, fijar la regla para los subsidios, incrementar la calidad de los servicios y promover el desarrollo de las empresas.

Respecto a la relación entre los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y las empresas encargadas de su prestación, el constructo jurisprudencial constitucional ha expresado que dicha relación que se traba allí, tiene el carácter de legal y reglamentaria, estrictamente objetiva, que se concreta en un derecho a la prestación legal del servicio en los términos precisos de su reglamentación, sin que se excluya la aplicación de normas de derecho privado en materias no reguladas por la ley, es decir que la situación jurídica del usuario en parte es contractual y en parte reglamentaria, de acuerdo a lo subordinado por el legislador. La Corte insistió que en materia de servicios públicos domiciliarios la regla general subyace al establecimiento de una relación estatutaria y contractual, ya que el contenido de su prestación involucra derechos constitucionales y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, cuya gestión, control y vigilancia le compete a los organismos estatales, como se puede evidenciar en lo preceptuado en el artículo 132 de la Ley 142 de 1994.

Así las cosas, el artículo 132 se constituye en la regla hermenéutica que pretende armonizar el régimen de aplicación legal del contrato de servicios públicos en tanto que incluye una mixtura en su composición que se categoriza como especial, uniforme, consensual, de tracto sucesivo, oneroso y de adhesión; cuyo referente regulatorio está determinado por las condiciones especiales pactadas con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen las empresas prestadoras y las preceptivas del derecho privado civil y comercial.

De ahí que, dicha relación jurídica no sólo se gobierna por el derecho privado y las estipulaciones contractuales, sino por el derecho público plasmado en la Constitución y la Ley, éstos últimos que se

<sup>5</sup> Modificada parcialmente por la Ley 689 del 28 de agosto de 2001.

constituyen en previsiones de orden público y de imperativo cumplimiento, porque teleológicamente buscan asegurar la calidad y la eficiencia en la prestación de los servicios, el ejercicio, la efectividad y la protección de los derechos de los usuarios, e impedir el abuso de la posición dominante por parte de los prestadores de servicios públicos domiciliarios.

• **EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS -E.S.P.D.-**

En desarrollo de los artículos 334, 336, 365 y ss de la Carta Política, la Ley 142 de 1994, estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía, gas combustible, TPBC y TLM), a efectos de reglamentar estatutariamente el régimen jurídico de intervención del Estado para las empresas prestadoras, garantizando la calidad del servicio, la ampliación permanente de la cobertura, la prestación continua, eficiente e ininterrumpida del servicio, la libertad de competencia, la capacidad y derechos de los usuarios frente a los servicios prestados.

El Constituyente consideró pertinente establecer el régimen de regulación y control aplicable a los servicios públicos, con el fin de garantizar que dicha prestación materialice los cometidos señalados por la Constitución y la Ley, con miras a satisfacer las necesidades básicas de los asociados.

Conforme a éste postulado superior, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia T-540 de 1992<sup>6</sup>, respecto de la teleología de la noción de servicio público, preceptuando lo siguiente:

*"(...) 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 (C.P. 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.*

Así las cosas, la importancia de los servicios públicos está dada por servir como instrumento de desarrollo, que posibilita la materialización de las finalidades del Estado Social de Derecho, en

<sup>6</sup> M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

armonía con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-493 de 1997 al indicar 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 el control y vigilancia sobre la regulación (Art. 365 C.P.) En cuanto a la relación de las empresas con los usuarios, la 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 (...)"*. 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 trascendencia de los intereses en juego (...)"<sup>7</sup>. Negrilla es nuestra.

Por su parte, la Ley 142 de 1994 en su artículo 14 incorpora las definiciones legales sobre la clasificación de las empresas de servicios públicos, así:

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES	EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA	EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA
Son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquellas o éstas tienen el 100% de los aportes.	Son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.	Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse integralmente para éstos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

De lo anterior, se colige que la categorización de una empresa de servicios públicos, como mixta, deriva de la participación accionaria que tengan en ella personas jurídicas de derecho público, la Nación o las entidades territoriales. Así mismo, y según la Ley 142/94, dichas empresas se registrarán 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 sustento axiológico en los fines esenciales del Estado Social de Derecho, que propugna el corpus constitucional.

Con respecto a las E.S.P.D. mixtas, el Consejo de Estado ha manifestado que las empresas señaladas por la Ley 489 de 1998, no deben entenderse como una enumeración taxativa, sino como una lista meramente enunciativa, por lo que las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas no se encuentran excluidas de la ley; al respecto expresó lo siguiente:

<sup>7</sup> Sentencia C-690 del 27 de agosto de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

*"(...) 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. (...)"*

El máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo, arguyó que éste entendimiento resulta equivocado, partiendo de dos premisas:

*"Las empresas mixtas de S.P.D. no se diferencian en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Por lo cual debe entenderse que dichas empresas están incluidas en el literal f) del artículo 38, que establece como empresas que integran la rama ejecutiva "f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta".*

Éstas entidades también pertenecen a la estructura del Estado, integrando la rama ejecutiva, en concordancia con el artículo 38, literal g), que al tenor reza: *"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"*, lo que implica que las empresas mixtas de S.P.D. requieren de autorización legal -ordenanza, acuerdo o actos equivalentes- para ser creadas<sup>8</sup>.

En consecuencia, el origen de los recursos determina su carácter público o privado, independientemente de su constitución como entidad pública, lo cual aclara el ejercicio del control fiscal a ejercer a nivel nacional y territorial.

En éste mismo orden de ideas, en Concepto 1141 del 10 de septiembre de 1998, el Consejo de Estado indicó respecto al ejercicio del control fiscal sobre las E.S.P.D. que:

*"(...)La Ley 142 de 1994, no crea una limitación o una restricción a la función del control fiscal sobre las empresas de servicios públicos mixtas o privadas. Por el contrario, su aplicación debe ser complementaria, concurrente y armoniosa con las disposiciones generales de regulación de la función de control fiscal contenidas en la Ley 42 de 1993, toda vez que ambas leyes reflejan el sistema integral de control de los bienes y recursos públicos, independientemente del sujeto que lo maneje o administre(...)"*

Por todo lo anterior, y recogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado, no se puede desconocer que las empresas mixtas hacen parte de la estructura del Estado, y por lo tanto son sujetos de control fiscal directo por parte de la Contraloría General de la República cuya potestad nace en la Constitución y la Ley. A contrario sensu, su desconocimiento resultaría riesgoso porque puede conducir a la inaplicación de las garantías constitucionales y legales consagradas para los usuarios receptores de la prestación de los servicios públicos.

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Santa Fé de Bogotá, D.C., 2 de marzo de 2006. Radicación No. 11001-03-26-000-2005-00017-00 (29703). Citado en Concepto 110-009-2007.



*Control fiscal con pedagogía social*

• **COMPETENCIA DE LAS CONTRALORÍAS DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES**

El artículo 3° de la Ley 42 de 1993 establece que son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo 2°.

Ahora bien, el artículo 272 de la Constitución Política establece que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

En relación con la competencia para el ejercicio del control fiscal se ha pronunciado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“La competencia para ejercer el control de la gestión fiscal está distribuida entre las Contralorías General de la República, departamentales, distritales y municipales donde haya contralorías, con base en los criterios consignados en la Constitución Política (Artículos 267 a 272), que la Sala identificó, en el concepto 1007 de 1997, en los siguientes términos:*

*“a) Según la pertenencia de los fondos o bienes. Conforme al inciso 1° del artículo 267 de la Constitución Política corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de los fondos o bienes de la nación.*

*b) Según el nivel de la entidad dentro de la estructura del Estado. El artículo 272 de la Constitución dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y a la contralorías departamentales incumbe la de los municipios que carezcan de dicho órgano de control, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.*

*c) Según el arbitrio legislativo. Los artículos 267 y 272 de la Constitución prevén que la ley, esto es, el legislador determine los casos especiales, en que la vigilancia de la contraloría se puede realizar por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado. Así mismo, se defiere a la ley la fijación de los casos excepcionales en los que la Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”.*

En concordancia con lo anterior, en el Concepto 1662 de 2005, emitido por esta Sala, se sostuvo:

*“La competencia de la Contraloría General está dada con referencia a los bienes objeto de la vigilancia fiscal en tanto sean de la Nación, la competencia de las contralorías territoriales está referida al sujeto pasivo de la función fiscal, esto es la entidad territorial, y además está circunscrita al ámbito de su jurisdicción, en las voces del artículo 272, inciso sexto, ibídem (...)” así:*

*“Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.” (Subraya la Sala).”*

*(...)*

*“(...) Se tiene entonces que la competencia de las contralorías territoriales, determinada constitucionalmente por la “jurisdicción”, queda fijada respecto de las entidades que integran la estructura central y descentralizada de la administración del departamento, distrito o municipio*

**que delimita territorialmente esa jurisdicción, y respecto de los bienes de esas mismas entidades (...)" (...)** *En el orden territorial, son sujetos de control fiscal los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y los particulares que administren o manejen bienes o fondos del departamento (art.3º).*

*Por su parte, el artículo 65 ibídem, prevé que "Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley".* Negrilla fuera de texto

De conformidad con lo anterior, la competencia de las Contralorías del orden territorial se encuentra determinada en el ámbito de su jurisdicción a aquellas entidades que hacen parte de la estructura administrativa del orden departamental o municipal y a los particulares que manejen fondos o bienes que pertenezcan a alguno de estos órdenes.

## CONCLUSIONES

1. La teleología del control fiscal está dada por la protección del patrimonio público, y la Ley 142 de 1994 se constituye en una respuesta a ello, al determinar 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 ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que pueden corresponderles(...)*". De otra parte, se consagró 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 sólo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-290 de 2002, y ratificada en Sentencia C-396 de mayo de 2002, expresó que: "(...) *Para ejercer el control fiscal en las empresas de servicios públicos con carácter mixto y privado, la restricción que pueda en principio imponer el legislador no puede llegar hasta el punto de canalizar dicho control sólo en relación con la documentación que soporta los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, pues el organismo de control fiscal correspondiente requiere para ejercer sus funciones en la forma dispuesta por la Constitución y la Ley de una actuación amplia, de manera tal que se le debe permitir tener acceso a la información pertinente, necesaria y sin limitación alguna, sobre toda la documentación que soporte dichos actos y contratos(...)*".

2. La Ley 617 de 2000 precisó las fuentes de financiamiento de las Contralorías Departamentales, esto es, los recursos del presupuesto departamental constituidos por un porcentaje de los ingresos corrientes anuales de libre destinación y la cuota de fiscalización de las *entidades descentralizadas del orden departamental*. Así, no es viable el cobro de cuotas de fiscalización<sup>9</sup>, por parte de una Contraloría Departamental, a entidades distintas a las que

<sup>9</sup> Ley 1416 de 2010 "Por medio de la cual se fortalece al ejercicio del control fiscal."





*Control fiscal con pedagogía social*

corresponden a las entidades descentralizadas del orden departamental.

3. Es necesario precisar que los actos de los Contralores que liquidan la cuota de fiscalización gozan de presunción de legalidad, según la cual, mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo son obligatorios, al tenor de lo dispuesto en el artículo 66 del C.C.A. En aquellos casos en los que de acuerdo con la normativa vigente y aplicable no sea procedente el cobro de cuotas de fiscalización, los actos que las fijan pueden ser debatidos en vía gubernativa y de ser procedente, acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De ésta manera, esperamos haber resuelto las inquietudes por usted planteadas. Éste concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo tanto no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Cordialmente,

  
**MARÍA CAROLINA CARRILLO SALTARÉN**  
Directora Oficina Jurídica (E)

Proyectó: *María José Hernández Burbano* – Abogada Oficina Jurídica 