



Contraloría Municipal de Popayán  
 "Hacia un Nuevo Enfoque del Control Fiscal"

NIT. 817005038-6

SIA 2014000716

26/2

SECRETARIA GENERAL

OFICIOS EXTERNOS 2014

SG-

00001490

Popayán, 19 de septiembre de 2014



Rad No 2014-233-005316-2

Fecha 29/09/2014 13:28:01 Us Rad. LACANON  
 Asunto : 00001490 SOLICITUD DE CONCEPTO  
 Destino : / Rem CIU CONTRALORIA MUNICIPAL DE P  
 www.orfeugpl.org - Sistema de Gestión

Doctor

**CÉSAR MAURICIO RODRÍGUEZ AYALA**

Director Oficina Jurídica

Auditoría General de la Republica

Av. La Esperanza entre carreras 62 - 64. Ed. Gran Estación II, piso 10 costado occidental  
 Bogotá

**Referencia: Solicitud de concepto.**

Cordial saludo

En atención al asunto de la referencia, comedidamente le solicito a usted emitir un concepto, sobre la siguiente situación:

La empresa **EMTEL S.A. E.S.P.**, fue constituida mediante escritura pública 757 del 20 de Octubre de 1998 ante la Notaría Tercera del Círculo de Popayán, Sociedad por Acciones, constituida como Empresa de Servicios Públicos Mixta, con un aporte del Municipio de Popayán del 99.98%

De conformidad con lo anterior, dicha empresa es sujeto de control, por parte de este organismo de control.

En la actualidad, la Gerente de la empresa mediante oficio 014360 del 6 de agosto de 2014, solicita que en lo sucesivo los informes de auditoria que se realicen a la entidad guarden reserva legal, petición sustentada en el artículo 61 del código de comercio, 9 y 19 de la ley 142 de 1994.

Ahora bien, la Contraloría Municipal de Popayán, debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 123 de la ley 1474 de 2011 "Estatuto Anticorrupción", en virtud de la cual, surge la obligación legal de trasladar sus informes de auditoría al Concejo Municipal, así como también, en aplicación del principio de publicidad que rige la actuación del órgano de control, en concordancia con lo establecido en la guía de auditoría territorial, los informes que se producen en ejercicio del control fiscal debe ser publicados en la web.

08-10-14  
 8/10  
 1200-14

Edificio El CAM, 2do. Piso Tels: 8241010 - 8242390 Fax 8240414

Email: cmunpopayan@hotmail.com

Popayán - Colombia

38

Dr. Oscar

29 SEP 2014

A

---

OFICIOS EXTERNOS 2014

Por lo anterior, se consulta lo siguiente.

3. Puede la Contraloría Municipal de Popayán, dar prevalencia al código de comercio y ley 142 de 1994, sobre lo establecido en el artículo 123 de la ley 1474 de 2011.
4. Es viable guardar la reserva legal de los informes que realice la Contraloría Municipal de Popayán, sobre la empresa **EMTEL S.A. E.S.P.**, dejando de remitirlos al concejo municipal, y no publicarlos en la web, sin llegar a incurrir en conductas omisivas que puedan derivar actuaciones disciplinarias, por incumplimiento de la ley 1474 de 2011.

Agradezco su atención.

Atentamente,



**IBÓN TATIANA MANZANO MARTÍNEZ**  
Secretaria General

Anexo: Copia del oficio 014360 del 6 de agosto de 2014 de la empresa **EMTEL S.A. E.S.P.** en doce (12) folios.





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

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

Ahora bien la posibilidad de acceder a los documentos públicos reconocida en la norma constitucional, tiene un carácter de derecho autónomo esto representa a la vez un mecanismo de verificación por parte de los administrados, sobre las actuaciones de los gestores públicos.

Es importante diferenciar la petición de información que efectúen los particulares del acceso oficial a los documentos públicos de las autoridades con el objeto de cumplir sus funciones, y que se fundamenta en mandatos constitucionales y legales.

En estos eventos no se está simplemente ante el ejercicio del derecho de petición, que busca dar curso a la inquietud o al interés particular o general del gobernado frente a la autoridad pública, haciendo que se le de respuesta prontamente, (artículo 23 C.P.), sino que se trata de actuaciones de una autoridad con otra.

En este orden, en lo que respecta a la situación planteada ha de diferenciarse, el deber que poseen los servidores públicos, en cuanto la atención de las peticiones que le formulen los particulares con el objeto de tener acceso a los documentos oficiales no reservados, y de la observancia de las normas sobre entrega de los mismos a otras entidades del Estado en relación con sus funciones.



## **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN S.A. EMTel E.S.P.**

### **2. Referencia conceptual SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS**

#### **"2. LA RESERVA LEGAL DE DOCUMENTOS COMERCIALES ES APLICABLE A LAS PRESTADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.**

El artículo 19 de la ley 142 de 1994 prevé el régimen jurídico aplicable a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de manera particular su numeral 19.15 establece: "En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas". En tanto que el numeral 27.7 del artículo 27 de la Ley 142 de 1994 determina que los aportes efectuados por las entidades estatales a las empresas prestadoras de servicios públicos se rigen por las normas de derecho privado. A su turno, el artículo 32 eiusdem dispone:

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. 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.

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.

En congruencia con las disposiciones citadas el párrafo del artículo 8 y el artículo 76 de la Ley 143 de 1994 prescriben que el régimen jurídico específicamente aplicable a prestadoras del servicio de energía eléctrica es el de derecho privado.

A este propósito la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de tiempo atrás ha determinado que no se hace necesario entrar a diferenciar las clases de empresas que existen, más sí precisar que su régimen jurídico es el de derecho privado, con contadas excepciones establecidas principalmente en el artículo 19 de la ley 142 de 1994.

Es obligada inferencia de lo que se viene comentando que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en cuanto se les aplica el régimen de derecho privado en sus actos y contratos, están amparadas por las previsiones del artículo 61 del C. de Co., pero es procedente el examen de sus libros y papeles comerciales por parte de los funcionarios de la rama judicial y ejecutiva del poder público, en especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

### **3. DOCUMENTOS NO AMPARADOS CON LA RESERVA.**

No obstante lo expuesto no debe perderse de vista que no hay reserva respecto de los documentos que la ley dotó de publicidad frente a terceros como es el caso de las escrituras públicas, los certificados de la Cámara de Comercio y los balances publicados en medios masivos de comunicación por exigencia legal, además de otros documentos que no comportan la naturaleza de secreto industrial o que contienen información comercial.

Igual ocurre con todos los actos de naturaleza pública o que se relacionan con en el ejercicio de funciones públicas, esto es aquellos que expidan o profieran las prestadoras con ocasión del procedimiento especial de defensa del usuario en sede de la empresa, tales como documentos, pruebas, resoluciones, actos administrativos o actuaciones en las cuales se decidan dichas situaciones de carácter particular y en general todos aquellos documentos que reporten la naturaleza de públicos.

Por lo expuesto, siendo los libros de actas de junta directiva y asamblea de accionistas, los comprobantes que sirven de respaldo a las partidas asentadas en los libros y la parte de la correspondencia que se refiera directamente con el negocio, son documentos que hacen parte de "los libros y papeles del comerciante", y por tanto están protegidos por la reserva, con las excepciones previstas por la ley.

### **4. RESTRICCIONES AL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y SALVAGUARDA DE LA INFORMACIÓN PRIVADA**

productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios. De igual forma la referida normatividad protege el secreto industrial cuando éste no sea conocido en general, ni sea fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate.

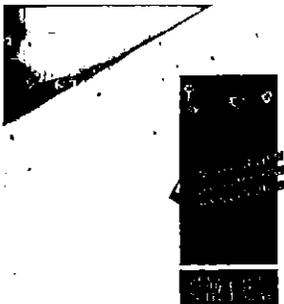
En suma, el derecho protege aquella información que no patentada, es decir sin reconocimiento estatal de propiedad en cabeza de una específica persona, no puede ser conocida ni revelada por quien la posee, pero que contiene un valor económico importante, el cual se perdería si se da a conocer a terceros.

#### **6. DERECHO A LA INFORMACIÓN E INFORMACIÓN RESERVADA DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO QUE PRESTAN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS O PRESTADORAS DE CAPITAL MIXTO.**

Como es bien sabido, el párrafo primero del artículo 17 de la Ley 142 de 1994 prescribe que las entidades descentralizadas de cualquier orden, territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, pueden revestir la forma de empresa industrial y comercial. La misma preceptiva dispone que el régimen aplicable a estas últimas, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, sea el previsto en la Ley 142 de 1994. Huelga recordar, igualmente, que el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 señala que la constitución y los actos de las empresas prestadoras de manera general se rigen por normas de derecho privado, al igual que aquellos que se requieren para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas.

Esta regla ius privatista se aplica a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportes presenten dentro del capital social, ni la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce, por lo que la protección a la información será idéntica a la de un prestador particular.

Ahora bien, en relación con la Empresas Industriales y Comerciales del Estado, la Ley 489 en el párrafo de su artículo 85 señaló expresamente que las disposiciones legales que protegen el secreto industrial y la información comercial se aplicarán a aquellos secretos e informaciones que de esa naturaleza desarrollen y posean las empresa industriales y comerciales del Estado. De tal suerte que todo aquello que la ley defina como secreto



## **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN S.A. EMTel E.S.P.**

A este propósito el profesor Hugo Palacios Mejía sostiene que las excepciones a éste derecho a la información son de interpretación restrictiva, tesis que se comparte en la medida en que si bien un usuario tiene derecho a pedir información no privilegiada y relacionada con la prestación del servicio, no podrá acceder a aquella que, como se vio, sea secreta o reservada. En otras palabras, un peticionario no podrá conocer los libros y papeles del comerciante, ni los secretos industriales o la información de propiedad exclusiva de una persona prestadora de los servicios públicos domiciliarios. En todo caso, toda la información que sea de disponibilidad para los usuarios en ejercicio de su derecho implicará que se cubran los costos que le ocasione a la empresa proporcionar la información.

Igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia T-457 de 1999 al decidir sobre un asunto en el que se debatía si una empresa industrial y Comercial del Estado debía suministrar información sobre su nómina de trabajadores, expuso lo siguiente:

En conclusión, de acuerdo con el análisis anterior, se puede señalar que los documentos pedidos por el demandante, no pertenecen a los que la ley protege con reserva: "secreto industrial y la información comercial" (artículo 85), puesto que, recuérdese, se trata de la nómina de los trabajadores, con los valores de cesantías, y el acta de reunión de la Junta Directiva en donde se acordó la reestructuración de la entidad. Como se ve, no corresponde a los denominados secreto industrial ni a informaciones de esa naturaleza.  
(...)

"Recuérdese, como ya se dijo, que las empresas de servicios públicos domiciliarios, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, tienen su origen en disposiciones constitucionales y cumplen a la manera de los particulares una actividad económica dentro del ámbito que señalan los artículos 33 y 334 de la Constitución Política. El desarrollo de su actividad comercial o de servicios, se cumple obviamente, bajo las orientaciones de una economía de libre empresa y libre competencia, pero limitada por el bien común, y por ello, sometida a la dirección general del Estado. Es decir, las mencionadas empresas, se constituyen bajo la forma de sociedades por acciones y se rigen en todo lo que respecta a su constitución y funcionamiento, en cuanto cumplen una función empresarial por las normas del Código de Comercio, y en cuanto desarrollan una finalidad social del Estado, por las normas de la Constitución y la ley.



No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que los contratos de las empresas de servicios públicos pueden contener información confidencial no sólo de la empresa sino de terceros contratistas a la cual no puede tener acceso cualquier persona, por lo que en punto de los contratos de la empresa hay que examinar en cada caso de qué contrato se trata y qué clase de información contiene, ya que es normal que en este tipo de negocios las partes contratantes pacten cláusulas de confidencialidad respecto de cierta información.

En conclusión, la información sobre contratos de las empresas de servicios públicos no tiene reserva legal y puede ser conocida por los ciudadanos, salvo aquella información de carácter confidencial".

**8. Reserva de los documentos en la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal.**

*El artículo 20 de la ley 610 de 2000, establece: "Reserva y expedición de copias. Las actuaciones adelantadas durante la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal son reservados hasta su culminación. En consecuencia, hasta no terminarse el proceso de responsabilidad fiscal, ningún funcionario podrá suministrar información, ni expedir copias de piezas procesales, salvo que las solicite autoridad competente para conocer asuntos judiciales, disciplinarios o administrativos."*

De conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional C- 4777 de 2001, es claro que la reserva de los documentos allegados a la indagación preliminar comportan el carácter de reservados. La investigación previa se convierte en la fase más importante de las averiguaciones por el potencial probatorio que puede recaudarse, en relación con la identidad del presunto responsable y las modalidades en la defraudación al Erario. La investigación es reservada para quienes no son sujetos procesales, es decir para las personas extrañas al proceso. Ahora bien, la indagación preliminar culmina con el archivo de las diligencias, o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal, este último le corresponde adelantarlo por competencia, a la Contraloría Delegada para Investigaciones Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva de acuerdo a lo establecido en el Decreto Ley 267 de 2000. En tal virtud, la reserva de las diligencias se extiende hasta la práctica de las pruebas en el proceso de responsabilidad fiscal.



## **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE POPAYÁN S.A. EMTEL E.S.P.**

En el citado proceso, la reserva va hasta la práctica de las pruebas solicitadas y las ordenadas por el ente fiscalizador, y en todo caso hasta que culmine el término general fijado por la ley para su práctica.

Se fundamenta la reserva, en la fidelidad y originalidad de las pruebas, como también para mantener la intimidad de las personas que eventualmente se encuentren involucradas, por tanto su fin no es sólo mantener a salvo el material probatorio, sino también proteger la dignidad humana. La reserva sumarial, en igual forma tiene por objeto poner a salvo de interferencias o contaminaciones, la investigación, por ende resulta difícil poder afirmar, que un determinado documento sea el que comporte el carácter de reservado, ya que necesariamente todo el conjunto probatorio directa o indirectamente termina convergiendo en la decisión del proceso.

Por lo expuesto, solicito que en lo sucesivo los informes de auditoría que realiza su Entidad a la Empresa de Telecomunicaciones de Popayán S.A. EMTEL E.S.P. guarden la reserva legal.

Cordialmente

  
**ANA MARIA LONDOÑO RIANI**  
Gerente

Revisó: MLAC