



Radicado No: 20171100018071

Fecha: 24-05-2017

Bogotá D.C. RN 765898621 Co  
110.

2017000315

**DOCTORA:**

Yahaira Indira Díaz Quesada  
Agente Liquidadora EMSIRVA  
Calle 6 n° 44-110. Central Telefónica Tequendama de Emcali  
Santiago de Cali, Valle del Cauca.

**Asunto:** Respuesta a Solicitud de Concepto respecto de la auditoria especial que la Contraloría General de Santiago de Cali iniciara sobre la EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI, EMSIRVA E.S.P. en Liquidación, intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Respetada Doctora Díaz Quesada

Mediante documento suscrito por usted el 04 de abril 2017 en condición de Agente Liquidadora de la Empresa de Servicio Público de Aseo de Cali en Liquidación – EMSIRVA- con destino al Auditor General de la República con numero de radicación interna, usted solicita después de una serie de disquisiciones conceptuales sobre las condición constitucional y legal de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y una eventual Auditoria Especial que realizará la Contraloría General del Municipio de Cali, lo siguiente:

« 1. ¿ Puede la Contraloría General de Santiago de Cali y/o cualquiera otra contraloría municipal y con fundamento en cuales normas superiores, ejercer las mismas funciones asignadas a la SSPD en el artículo 370 Superior, concordante con el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, respecto de servicios públicos domiciliarios que los presten en su municipio?

2. ¿Puede la Contraloría General de Santiago de Cali adelantar auditorias para verificar el cumplimiento de la normatividad tarifaria aplicada al servicio público de aseo?, continua vigente el concepto del Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal bajo el radicado N° 2013-2100013201 del 18 de marzo de 2013? (... )»

Nos permitiremos en aras de atender los cuestionamientos que están consignados en su escrito, brindarle una serie de explicaciones sobre los alcances de la vigilancia que ejercen los órganos de Vigilancia a la Gestión Fiscal de las entidades del Estado, particularmente a la vigilancia que se despliega sobre entidades cuya naturaleza jurídica implican la presencia del patrimonio público.

26 MAY 2017

*Vigilando para todos*

*Ref.*

Espero que la información que se le suministrará sea aclaratoria respecto a ciertos aspectos manifestados por usted en calidad de Agente Liquidadora de EMSIRVA y le permitan tomar las decisiones institucionales correspondientes.

### **1. Competencia Legal para responder sobre el concepto:**

En mi calidad de Director de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, con fundamento en lo establecido en el numeral 2 del artículo 13 del Decreto Ley 272 de 2000, me corresponde de manera general:

*« Prestar la asesoría jurídica requerida por el Auditor General de la República y demás dependencias del organismo, velando por que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y coadyuvando en la consolidación de la unidad de criterio que debe acompañar la labor de las dependencias de la Auditoría, así como participar en la formulación y adopción de los planes, programas y proyectos de la entidad »*

Además de lo señalado anteriormente, el artículo 18 del Decreto Ley 272 de 2000 que establece las funciones de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, determina que soy plenamente competente para atender la solicitud por usted a la Auditoría General de la República.

### **2. Competencia para la Vigilancia y Control Fiscal respecto a las Empresas prestadoras de Servicios Públicos mixtas u oficiales.**

En la solicitud que origina este escrito, usted se refiere al carácter especial de la naturaleza jurídica de su empresa de servicios públicos domiciliarios, concretamente en lo que atañe a su papel dentro de un mercado de competencia y las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sobre las actividades empresariales de EMSIRVA. Señala usted entre varios aspectos en su calidad de Agente Liquidadora de EMSIRVA lo siguiente:

*« (...) En el municipio de Santiago de Cali a la fecha opera el esquema basado en la libre competencia en el mercado, en el que la EMPRESA SERVICIO PUBLICO DE ASEO DE CALI, EMSIRVA E.S.P. EN LIQUIDACIÓN, de carácter oficial, no es la única prestadora del servicio de aseo, sino que debe disputarse el favor de los usuarios con otras ESP de carácter privado.*

Teniendo en cuenta lo anterior y revisado el PGAT de la Contraloría General de Santiago de Cali, en la vigencia 2017, se evidencia la programación de una auditoría especial con el **OBJETIVO GENERAL:** Verificar el cumplimiento de la normatividad tarifaria del servicio de Aseo en el municipio de Santiago de Cali y **OBJETIVOS ESPECIFICOS:** \* Analizar el proceso de facturación del servicio del aseo del aseo con cada uno de sus componentes.\* Analizar el trámite y seguimiento de las quejas relacionadas con aplicación de tarifas en el servicio de aseo-, baste advertir que la materia de objeto de la misma corresponde a una expresa competencia constitucional exclusiva y excluyente asignada al Presidente de la República y que éste cumple por conducto del Superintendente de Servicios

Públicos Domiciliarios, según se advierte inequívocamente de la lectura del artículo 370 Superior en concordancia con el artículo 79 de la Ley 142 de 1994(...)».

Coincide esta entidad en afirmar lo dicho por la doctora Díaz Quesada sobre al carácter especial de tipo constitucional y legal del que gozan las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios por su naturaleza jurídica, como se explicara a continuación. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los servicios públicos domiciliarios son «aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas», definición que ha servido para que la Corte Constitucional en Sentencia SU-1010 de 2008 señale que ha identificado como rasgos fundamentales de la prestación del servicio público domiciliario los siguientes según un criterio finalístico:

*«De conformidad con el artículo 365 de la Carta, el servicio público domiciliario puede ser prestado de manera directa o indirecta por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia sobre los mismos.*

- b) *Tiene un “punto terminal” en las viviendas o en los sitios de trabajo de los usuarios, entendiendo por usuario “la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa”.*
- c) *Está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en concreto y de manera directa, atendiendo a las reales circunstancias fácticas en las que se encuentra».*

Debe resaltarse la importancia que para el interés general reviste la prestación idónea de los servicios públicos domiciliarios. Ahora bien, adicional a lo anterior, EMSIRVA según la Resolución 0033 de 2013 «es una empresa industrial y comercial del orden municipal, con domicilio principal en la ciudad de Santiago de Cali, departamento del Valle del Cauca, creada mediante Acuerdo 101 de 1966 por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, y modificado por el Acuerdo 113 de 1987», naturaleza jurídica la de su entidad que toma relevancia para este análisis que se esboza en este concepto.

El artículo 132 de la Ley 142 de 1994 dispone que las actuaciones de las empresas públicas de servicios públicos se rigen contractualmente por las normas del Código de Comercio y del Código Civil, norma que la jurisprudencia constitucional ha precisado que *«impone una regla hermenéutica tendiente a la armonización jerárquica de esta ley con las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, con las condiciones uniformes que señalen las empresas de servicios públicos y con las normas de los códigos de comercio y civil lo cual deja en evidencia la naturaleza dual, contractual y legal, de la relación existente entre los usuarios y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios».* Pero estas facultades constitucionales y legales respecto del régimen contractual no implica de ninguna forma que se pueda interpretar que el patrimonio público, que se entiende está presente en EMSIRVA como ente totalmente estatal, a través de la participación única del Estado en esta empresa, no sea sujeto de un control fiscal y que por lo tanto la vigilancia de los órganos de control fiscal se exceptúe,

*prof*

situación que como se analizará a continuación, determina el ámbito de competencia de la Contraloría General de Santiago de Cali en este caso para vigilar los recursos económicos de carácter público que se vean comprometidos en la gestión de una empresa estatal.

Con fundamento en lo señalado respecto a los alcances de la vigilancia fiscal de los órganos de control fiscal en aquellas entidades que gestionen recursos públicos, conviene citar lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-529 de 2006:

*«(...) El control fiscal, en cuanto instrumento adecuado para garantizar la correspondencia entre gasto público y cumplimiento de los fines legítimos del Estado, tiene un reconocimiento constitucional de amplio espectro. En este sentido, es la utilización de los recursos públicos la premisa que justifica, por sí sola, la obligatoriedad de la vigilancia estatal. Por lo tanto, aspectos tales como la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate, sus objetivos o la índole de sus actividades, carecen de un alcance tal que pueda cuestionar el ejercicio de la función pública de control fiscal. Adicionalmente, debe advertirse que el cumplimiento del principio de eficiencia del control fiscal lleva a concluir que toda medida legislativa que a partir de restricciones injustificadas e irrazonables, impida el ejercicio integral de la vigilancia estatal de los recursos, esto es, los controles financiero, legal, de gestión y de resultados, es contraria a los postulados constitucionales. En efecto, los argumentos precedentes demuestran que las disposiciones de la Carta Política que regulan el control fiscal pretenden asegurar el nivel más amplio de vigilancia del uso de los fondos y bienes de la Nación. Esta concepción, además, es consecuente con un modelo de Estado constitucional que, como sucede en el caso colombiano, está interesado en la protección del interés general y el cumplimiento cierto de los deberes del aparato estatal (...).»*

Esta posición es reforzada por la Corte Constitucional en sentencia C-736 de 2007, que dispuso:

*« (...) la Corte llama la atención en lo relativo a la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, cuyo tenor conviene recordar:*

***“ARTICULO 267. “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.”***

Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las **“entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”**. Por lo tanto, recae sobre **cualquier clase de entidad** que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la Empresas de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su

naturaleza jurídica (...)» (Subrayado y negrillas por fuera del texto original)

Las anteriores citas jurisprudenciales de posiciones de la Corte Constitucional de la República de Colombia, resultan suficientemente indicativas del alcance de la vigilancia de la gestión fiscal a la cual está sujeta EMSIRVA, incluyéndose por ende el alcance de dicha vigilancia a los recursos que se deriven de esta empresa donde hay derechos susceptibles de valoración económica, como lo es la participación económica del Estado en esta empresa y su expectativa de recibir dividendos, toda vez que estos son recursos que se derivan de la actividad empresarial propia de EMSIRVA. Esta concepción señalada «es consecuente con un modelo de Estado constitucional que, como sucede en el caso colombiano, está interesado en la protección del interés general y el cumplimiento cierto de los deberes del aparato estatal», tal como lo dispone la jurisprudencia constitucional.

Por lo anteriormente analizado, se puede concluir que EMSIRVA, no obstante estar constituida bajo la forma de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios con aplicación del régimen privado en su gestión, no son particulares, por esa razón, la jurisprudencia de la Corte Constitucional con apego a la Constitución y la Ley han sido enfáticos en reiterar que son organismos que hacen parte de la estructura de la Administración Pública, que pertenecen al nivel descentralizado o son organismos vinculados, como sucedería con EMSIRVA. La Auditoría General de la República considera que donde exista patrimonio público, por más mínimo que este sea, debe existir una constante vigilancia de los órganos de control fiscal en aras de garantizar el interés general de los colombianos, como lo es su patrimonio, por lo cual, no podemos compartir jurídicamente que EMSIRVA sea excluida de la auditoría especial que prevé la Contraloría General del municipio de Santiago de Cali.

Respecto de su inquietud relacionada con una posible duplicidad de funciones entre las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las Contralorías Territoriales, posición que se considera por parte de esta dependencia producto de una válida confusión originada por la concurrencia, mas no dualidad de las funciones de control que ejercen sobre su EMSIRVA tanto la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como la Contraloría General del Municipio de Cali

La regulación, el control y la vigilancia del Estado en los servicios públicos domiciliarios, está consignado en la Ley 142 de 1994. En esta Ley el legislador desarrolló la facultad del Presidente de la República para señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, en Sentencia C-1162 de 2000, Magistrado Ponente, José Gregorio Hernández Galindo, la Corte Constitucional consideró que «bajo la consideración de que la potestad de fijar las políticas generales de administración en materia de servicios públicos domiciliarios constituye una función de orden administrativo, eminentemente gubernamental, que el Presidente de la República ejerce en forma autónoma, es decir, sin compartirla con el legislador pero dentro de la órbita fijada por aquél, la Corte Constitucional consideró que esta facultad puede ser objeto de delegación». Por su parte el artículo 1° del Decreto 990 de 2002 señala que:

«El Presidente de la República ejercerá el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los servicios públicos domiciliarios y los demás servicios públicos a los que se aplican las leyes 142 y 143 de 1994, 689 de 2001 y demás

leyes que las adicionen, modifiquen o sustituyan, por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, en especial, del superintendente y sus delegados»

Pero debe destacarse que en las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios contempladas en el artículo 5° del Decreto 990 de 2002<sup>1</sup>, no es observable que las competencias de control que ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios sean las mismas que ejercen tanto la Contraloría General de la República como las distintas Contralorías según sus competencias, conforme a la exposición realizada en líneas superiores, concretamente en lo que se refiere a la potestad de ejercer el control fiscal ante la presencia de cualquier manifestación patrimonial del Estado. Denótese, que posibles límites dados a la competencia otorgada a los entes de control fiscal por la Constitución Política de la República o Ley con fundamento a la naturaleza de ciertas entidades del Estado colombiano, no es cierta, según Sentencia C-105 de 2015 contemplar «supuestos de exclusión del control fiscal cuando está acreditada la presencia de recursos estatales en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición, es inadmisibles. Ello en la medida que tal postura facilitaría la desviación de los recursos fiscales a fines distintos a los constitucionalmente permitidos, en detrimento de la integridad de las finanzas del Estado y la confianza de los ciudadanos en el uso adecuado de sus tributos».

Siendo en nuestro ordenamiento jurídico definido la tarifa como la tabla de impuestos, tasas u otras contribuciones<sup>2</sup>, es clara la existencia de una relación directa entre las tarifas de los servicios aseo que presta EMSIRVA y los ingresos de esta empresa, es decir, una relación con un claro componente patrimonial del Estado, por lo cual, bajo ese escenario, la forma adecuada o inadecuada en que se dé el cumplimiento a las disposiciones normativas sobre el régimen tarifario de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, repercute en los ingresos de la empresa en la cual el Estado tiene comprometido su patrimonio, hecho generador de una competencia de los órganos de control fiscal.

Lo expresado aquí respetada Doctora, obedece a la solicitud de un concepto, que según el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, señala que «(...) los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución (...)», por lo cual no son vinculantes, simplemente expresa en este caso un análisis jurídico, el cual se aparta del dado por quien fungía como Auditor Delegado para la Vigilancia del Control Fiscal en el año 2013, en el documento por usted referido.

Con lo anterior damos por atendido su solicitud de concepto jurídico con número de radiación interna N° 2017-233-001729-2 del 06 de abril de 2017. Esperamos con lo expresa-

<sup>1</sup> **ARTÍCULO 5o. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA.** Las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realicen actividades que las hagan sujetos de aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994, 689 de 2001 y demás leyes que las adicionen, modifiquen o sustituyan, estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos. Son funciones de ésta, las siguientes: (...)

<sup>2</sup> Sentencia C-545 de 1994. Corte Constitucional de Colombia.

do en este concepto aclarar algunas de las posiciones por usted manifestadas en su escrito, declarándonos siempre prestos en atender cualquier otra inquietud donde seamos competentes.

Cordialmente



Roberto Arrazola Merlano  
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Jonathan Ballesteros Salazar

(

(