

FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMADA



AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA - COLOMBIA
Control fiscal para la paz



Radicado No: 20181100013151

Fecha: 07-05-2018

Bogotá,
110

Y6-191412681-CO

Doctor

IBON TATIANA MANZANO MARTINEZ

Secretaria General Contraloría Municipal de Popayán

Carrera 6 No. 4 21 Edificio CAM 2do. Patio

Cauca Popayán

Referencia: **Radicado 20182330015392 SIA ATC 2018000258**
Concepto sobre sujetos de control a empresa de aseo.

Cordial Saludo:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual solicita se le resuelva el siguiente interrogante:

*"Comendidamente le solicito a usted emitir un concepto sobre la viabilidad de incluir a la sociedad **SERVIASEO POPAYAN S.A. E.S.P.** como sujeto de control de la **CONTRALORIA MUNICIPAL DE POPAYAN**, teniendo en cuenta el servicio público que prestan y que además tiene participación en dicha empresa el **MUNICIPIO DE POPAYAN**".*

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, es necesario manifestar que dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, de conformidad con el artículo 274 de la Constitución Política y el Decreto 272 de 2000, donde se establece la organización y funcionamiento de la Entidad, y específicamente el numeral 2 de artículo 13, donde se reglamentan las funciones de la Oficina Jurídica, instituyendo:

"Oficina Jurídica. 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".

08 MAY 2018



Este ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que se ejerce un control posterior y selectivo de la gestión fiscal. Por lo anterior no se emiten conceptos de situaciones particulares o concretas que puedan llegar posteriormente a ser objeto de vigilancia.

No obstante, y con el propósito de brindar una ilustración que contribuya a dar una clarificación sobre los temas, de conformidad a la comunicación del asunto, mediante la cual solicita concepto relacionado sobre la sociedad SERVIASEO POPAYAN S.A. E.S.P. como sujeto de control, de manera atenta me permito remitirle copia en cinco folios del concepto OJ-110-011-2014 de 25 de abril de 2014, proferido a ustedes por esta Oficina Jurídica, mediante el cual se trata de manera amplia la inquietud respecto a la viabilidad de cobrar las cuotas de fiscalización a la sociedad en mención, asimismo dentro del concepto se realizó un discernimiento sobre el tema de ser sujeto de control.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su inquietud, manifestándole que los conceptos se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aclarando que su análisis se limita a precisiones de carácter general y abstracta, sin que se entre a evaluar ningún caso en concreto.

Confiado en que se despejen las inquietudes planteadas, me suscribo de usted.

Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRIGUEZ
Director Oficina Jurídica

Anexos: Cinco (5) folios

Proyecto: Ilba Edith Rodríguez Ramirez
Profesional Grado 02

110.009.2014



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

NIL 817005038-6

SECRETARIA GENERAL

SG- 00000316

OFICIOS EXTERNOS 2013

SIA- 2014000166



Popayán, 7 de marzo de 2014

Rad No 2014-233-001422-2

Fecha 12/05/2014 11:04:02 Us Rad. RFRONDON
Asunto : SG-00000316- CONSULTA SOBRE VIABILIDAD DE COBRAR LA CUOTA
Destino : / Rem CIU CONTRALORIA MUNICIPAL DE P
www.ofceogpi.org - Sistema de Gestión

Doctor
HERNANDO FERRER MERCADO SERPA
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 oficio, comedidamente le solicito a usted emitir un concepto, sobre la viabilidad de cobrar la cuota de fiscalización a la empresa SERVIASEO S.A. E.S.P., la cual fue constituida mediante escritura pública 399 de 2 de marzo de 2011, en la Notaría Primera del Circulo de Popayán.

La constitución de dicha sociedad, tiene como antecedente, es la circular interna de la SSPD No.20105000000034 del 10 de marzo de 2010, según la cual el municipio debía dar cumplimiento al artículo 182 de la Ley 142 de 1994, que establece que cuando las entidades territoriales hayan estado prestando directamente un servicio público, deberán constituir **empresas de servicios públicos, con la debida autorización del Concejo Municipal**, la cual fue otorgada para el caso del Municipio de Popayán mediante acuerdo 020 del 28 de septiembre de 2009.

Por lo anterior, el municipio de Popayán, mediante licitación pública No. 67 de 2010, realizó búsqueda de socios estratégicos para conformar conjuntamente una empresa para la prestación del servicio público domiciliario de aseo en el MUNICIPIO DE POPAYÁN, cuyo resultado fue la suscripción de la escritura pública No. 399 de 2011, por medio de la cual se creó la sociedad **SERVIASEO S.A. E.S.P.**, conformada por capital privado y capital público, este último correspondiente al municipio de Popayán en un 20%.

Atentamente,

TATIANA MANZANO MARTINEZ
Secretaria General

LOP

0.
24-03-2014
1618

12 MAR. 2014

Edificio El CAM, 2do. Piso Tels: 8241010 - 8242390 Fax 8240414
Email: cmunpopayan@hotmail.com
Popayán - Colombia

Visto: 28 abril 14

120314
4159



AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

**FAVOR DEVOLVER
COPIA FIRMEADA**

Hacia la excelencia y la innovación en el control fiscal



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20141100016271

Fecha: 25-04-2014

Bogotá,
110-010-2014

46 04219179600

Doctora
IBON TATIANA MANZANO MARTINEZ
Secretaria General
Contraloría Municipal de Popayán
Edificio CAM 2do. Patio
Popayán, Cauca

Asunto: Consulta

Respetada doctora:

• **ANTECEDENTE**

Mediante oficio con radicación No. 2014-233-001422-2 de 12 de marzo de 2014, eleva consulta sobre la viabilidad de cobrar la cuota de fiscalización a la empresa SERVIASEO S.A. E.S.P; la cual fue constituida mediante escritura pública 399 de 2 de marzo de 2011, en la Notaría Primera del Circulo de Popayán.

En este orden de ideas, antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, son orientaciones y puntos de vista de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni de análisis de actuaciones particulares, toda vez que los mismos se efectúan con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual no tienen carácter obligatorio ni vinculante, pues, de acuerdo con nuestras facultades constitucionales y legales, no podemos pronunciarnos sobre situaciones individuales y concretas que pueden ser objeto de control y vigilancia posterior.

25/04/2014

• **CONSIDERACIONES DE LA OFICINA JURIDICA**

La normatividad jurídica regulatoria del tema de las cuotas de auditaje, establecen:

Ley 617 de 2000

Los párrafos de los artículos 9° y 11° de la citada ley 617, disponen:

Parágrafo. Las entidades descentralizadas del orden departamental deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto dos por ciento (0.2%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización."

"Artículo 11. [...]

Parágrafo. Las entidades descentralizadas del orden distrital o municipal deberán pagar una cuota de fiscalización hasta del punto cuatro por ciento (0.4%), calculado sobre el monto de los ingresos ejecutados por la respectiva entidad en la vigencia anterior, excluidos los recursos de crédito; los ingresos por la venta de activos fijos; y los activos, inversiones y rentas titularizados, así como el producto de los procesos de titularización.

Los párrafos transcritos imponen a las entidades descentralizadas departamentales la obligación de pagar a la Contraloría una cuota de auditaje hasta del 02% de sus ingresos ejecutados en el año anterior, y a las del orden distrital o municipal hasta del 0.4% de los mismos ingresos.

La Ley 489 de 1998 en su artículo 68 señala las entidades descentralizadas del orden nacional y a su vez dispone que el régimen jurídico allí previsto para estas, es aplicable a las entidades asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

"ARTÍCULO 68. ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control, político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

Los organismos y entidades descentralizadas, sujetos a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

PARAGRAFO 1°. De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial". (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De igual forma el artículo 84 ibidem dispuso que las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la ley 142 de 1994.¹

Conforme a las normas expuestas de la ley 489 de 1998, advertimos que el legislador solo se refiere expresamente a las empresas oficiales de servicios públicos como entidades descentralizadas, sin embargo el mismo artículo 68 de la citada ley continua diciendo "...y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos...", pudiendo concluir, con fundamento en una interpretación armónica, que el legislador no quiso excluir de la conformación de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas, debiéndose entender que estas entidades hacen parte de la rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-736 – 07 de septiembre de 2007, Magistrado ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra al expresar:

"EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICOS MIXTA - Pertenencia a la rama ejecutiva del poder público.

La demanda indica que los artículos 38 y 68, parcialmente demandados dentro de este proceso, excluirían de la conformación de la Rama Ejecutiva a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas (Artículo 38) y también las excluirían de la pertenencia a la categoría jurídica denominada "entidades descentralizadas" (Artículo 68). No obstante, la Corte observa que una interpretación armónica del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público. Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las "demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o

¹ Ley 489 de 1998 ARTICULO 84. EMPRESAS OFICIALES DE SERVICIOS PÚBLICOS. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades oficiales que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente ley en los aspectos no regulados por aquella y a las normas que las complementan, sustituyan o adicionen.

autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del poder Público", categoría dentro de la cual deben entenderse incluidas las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, que de esta manera, se entienden como parte de la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional. Así las cosas, de cara a la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 498 de 1998, y concretamente de la expresión "las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios" contenida en su literal d), la Corte declarará su exequibilidad, por considerar que dentro del supuesto normativo del literal g) se comprenden las empresas mixtas o privadas de servicios públicos, que de esta manera viene a conformar también la Rama Ejecutiva del poder público

EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTA – Carácter de entidad descentralizada/**EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS PRIVADA** – Carácter de entidad descentralizada

Si bien el legislador sólo considera explícitamente como entidades descentralizadas a las empresas oficiales de servicios públicos, es decir, a aquellas con un capital cien por ciento (100%) estatal, lo cual haría pensar que las mixtas y las privadas no ostentarían esta naturaleza jurídica, a continuación indica que también son entidades descentralizadas "las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio." (Subraya la Corte). Así las cosas, de manera implícita incluye a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas como entidades descentralizadas, por lo cual la Corte no encuentra obstáculo para declarar su constitucionalidad."

En consecuencia, se puede colegir que las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas o privadas, así como las empresas industriales y comerciales del Estado son entidades descentralizadas.

En este orden de ideas, se afirma que dichas empresas en cualquier orden territorial al que pertenezcan se les aplica el régimen establecido en la ley 489 de 1998, la ley 142 de 1994 en materia de las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, así como también la Ley 42 de 1993 que prevalece en materia de control fiscal y señala como sujetos de control fiscal a quienes manejen fondos o recursos públicos y en sus artículos 2° y 3° expresan:

ARTICULO 2°. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativas y judicial, los órganos autónomos e independientes como los de control y electorales, los organismos que hacen parte de la estructura de la administración nacional y demás entidades nacionales, los organismos creados por la Constitución Nacional y la ley que tienen régimen especial, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado, los particulares que manejen fondos o bienes del Estado, las persona jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República."

ARTICULO 3°. Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran a estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior."

Congruente con todo lo anterior, se puede sostener que las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas o privadas, así como las empresas industriales y comer-

De conformidad con las citadas normas la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE YOPAL ESP, como Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden municipal, está sujeta a la vigilancia de la Contraloría Departamental, Sin embargo, lo que en este caso resulta discutible es el deber o la obligación que como empresa se (sic) servicios públicos domiciliarios le corresponde en el pago de la correspondiente cuota de auditaje

En relación con la obligación de las empresas de servicios públicos de pagar cuota de auditaje, esta Sala sostuvo

"Ahora, lo que constituye objeto de controversia en este caso es si la actora está obligada al pago de la cuota de auditaje fijada en los actos acusados.

El Tribunal se fundamentó en dos conceptos de la sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en los que se concluyó que las empresas de servicios públicos no están obligadas a pagar la cuota de auditaje de qué trata la Ley 330 de 1996.

Sin embargo, la Sala de Consulta en Concepto radicado bajo el núm. 1709 de 6 de abril de 2006, precisó:

La consulta pregunta si la ley puede ordenar el pago directo de la cuota de fiscalización o si por el contrario se limita a impartir una autorización que debe ser reglamentada por acuerdos municipales.

Al respecto la Sala destaca los términos del artículo 11 de la ley 617 de 2000, que de forma imperativa establecen el deber legal a cargo de las entidades descentralizadas de sufragarla al emplear la locución "deberán pagar una cuota de fiscalización", mandato que descarta que se esté en presencia de una simple autorización susceptible de ser reglamentada por los concejos municipales, máxime cuando se está en presencia de normas orgánicas de presupuesto del nivel nacional.

[...]

A los concejos municipales les corresponde, en los términos del artículo 313.6 de la Carta, crear a iniciativa del alcalde empresas comerciales e industriales y conforme a la ley 489 de 1998, reguladora de la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, las reglas relativas al régimen de las entidades descentralizadas se aplican, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia constitucionalmente (parágrafo del artículo 2°). Por su parte el parágrafo 1° del artículo 68 ibídem estatuye que –en los términos del inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política el régimen jurídico previsto para las entidades descentralizadas del orden nacional es aplicable a las de las entidades territoriales, sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial.

² Sentencia de 7 de junio de 2001, Expediente 6508, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza martelo, reiterada en sentencias de 2002-00291-01 de 6 de diciembre de 2007, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno y de 6 de marzo de 2008, expediente 2003-00230-01, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, actora: ELECTRIFICADORA DEL TOLIMA S.A ESP.

El Capítulo X de la ley en cita, artículo 38, sobre estructura y organización de la administración pública, clasifica dentro del sector descentralizado por servicios. Entre otras entidades, a las empresas industriales y comerciales del Estado (lit. b) y a las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios (lit. d), las que son enlistadas en el Capítulo XII, artículo 68, como entidades descentralizadas

De esta manera, si bien las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios pueden adoptar la modalidad de empresas industriales y comerciales del Estado conforme a la ley 489, independientemente de esta forma de constitución, ella conforme a este mismo estatuto constituyen un tipo específico de entidad descentralizada.

De forma paralela, y dentro del mismo orden de ideas, tanto las empresas industriales y comerciales como las empresas oficiales prestadoras de servicios públicos son modalidades de las empresas estatales, destinadas al cumplimiento de actividades económicas para la producción o distribución de bienes o la prestación de servicios.

Por su parte, el artículo 365 de la Constitución Política establece que los servicios públicos están sometidos al régimen jurídico fijado en la ley y el inciso final del artículo 68 de la ley 489, dispone que las entidades descentralizadas sujetas a regímenes especiales por mandato de la Carta, se someten a las disposiciones que para ellas establezca el legislador.

Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios se regulan por las normas especiales contenidas en la ley 142 de 1994 y por la ley 489 en los aspectos no regulados por aquella, así como por las normas que la complementen, sustituyan o adicione (art. 84)

[...]

En criterio de la Sala, si las empresas de servicios públicos domiciliarios son sujeto pasivo del control fiscal, no existe razón lógica valedera que impida considerar que también lo son del pago de la cuota de auditaje.

Ahora, el hecho de que la ley 142 de 1994, hubiera previsto una auditoría externa, ello no supone el desplazamiento del control fiscal por parte de las Contralorías...". (La negrilla es nuestra).

• CONCLUSIÓN.

Conforme a las consideraciones expuestas y a las jurisprudencias de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado reseñadas, consideramos que si es viable cobrar la cuota de fiscalización a la empresa SERVIASEO S.A. E.S.P ; por ser una empresa de servicios públicos domiciliarios privada, y en su condición de entidad descentralizada del orden territorial, se le aplica el régimen establecido en

