

FAVOR DEVOLVER  
COPIA FIRMADA



Radicado No: 20181100001521

Fecha: 19-01-2018

Bogotá  
110

RN 89032 908500

Doctor  
**ALBERTO DE JESÚS ARIAS DAVILA**  
Contralor Municipal de Pereira  
Carrera 7 N° 18-55 Palacio Municipal Piso 7°  
correo@contraloriapereira.gov.co  
Pereira- Risaralda

**Referencia:** Solicitud de concepto jurídico sobre el alcance del procedimiento para la ejecución de auditorías a empresas de servicios públicos- Radicado interno No. 2017-233-005958-2. SIA ATC 2017001011.

### 1. Situación fáctica

Mediante oficio del 07 de diciembre de 2017, la Auditoría General de la Republica recibió su solicitud relacionada con proferir un concepto jurídico institucional respecto del presunto procedimiento especial para la realización de auditoría a la Empresa de Energía de Pereira- EEP-.

Dentro de los argumentos invocados en la solicitud, se encuentra que la Contraloría de Pereira ha tenido dificultades para el ejercicio del control fiscal a la Empresa de Energía de Pereira- EEP-, puesto que entre los años 2013 a 2015 no ha podido realizar auditorías a esta entidad, la cual indica que es requerido un procedimiento especial para tal fin.

Por tal razón, la pretensión principal se orienta a que la Auditoría General de la Republica brinde concepto en derecho que aclare la controversia descrita con anterioridad.

### 2. Consideraciones de la Auditoría General de la Republica

En primer lugar, es menester resaltar que en virtud de las atribuciones constitucionales y legales asignadas a la AGR, esta entidad se encuentra facultada para proferir pronunciamientos de carácter general y abstracto, en atención a la materialización del control posterior y selectivo de la gestión fiscal, del cual es competente. Por tanto, no es dable estimar que a la AGR le asista injerencia sobre las decisiones que le competan a las entidades

23 ENE 2018

*Vigilando para todos*



Cra. 57C No. 64A-29, barrio Modelo Norte - Bogotá D.C. - Colombia  
PBX: [57-1] 318 68 00 - 381 67 10 • Línea gratuita 018000 120205  
participacion@auditoria.gov.co @auditoriagen auditoriageneral

www.auditoria.gov.co

*for*



vigiladas. En este sentido, la entidad en atención a sus potestades reglamentarias no define situaciones particulares y concretas.

En segundo lugar, respecto de la situación objeto de consulta, relacionada con la aplicación y delimitación del presunto procedimiento especial de auditoría para empresas de servicios públicos domiciliarios, la Auditoría General de la República plantea las siguientes precisiones:

**Primera consideración: Vigilancia y Control fiscal a empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal**

La Constitución política de Colombia en su artículo 267 define el control fiscal como una función pública que ejerce 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. Esta vigilancia será ejercida en forma posterior y selectiva por la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales y municipales, conforme a los procedimientos, sistemas y principios que se establecen en la Ley 42 de 1993.

En este orden de ideas, el artículo 2° de la Ley 42 de 1993 define los sujetos de control fiscal, como aquellos “órganos que integran las ramas legislativa 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 personas 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”.

Ahora bien, sobre el asunto que nos atañe, que es el alcance del control fiscal a las empresas de servicios públicos domiciliarios, el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, consagró que 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 puedan corresponderles.

Paralelamente, el artículo citado menciona que dichos bienes, actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General de la República, y de las

contralorías departamentales y municipales. Lo anterior indica en otras palabras, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de hacer parte del patrimonio social de una empresa de servicios públicos domiciliarios.

Asimismo, el artículo 5° la Ley 689 de 2001 que modificó el artículo 50° la Ley 142 de 1994 sobre la delimitación del Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado manifestó que: "El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. Para el cumplimiento de dicha función, la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes". (Texto declarado exequible por la Sentencia C-290 de 2002).

Vale la pena resaltar, que alcance y delimitación del ejercicio del control fiscal de la CGR y de las contralorías territoriales sobre las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en adelante –ESPD- ha sido sujeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales por la Corte Constitucional y de algunos cambios normativos, los cuales son de indispensable precisión, con miras a efectuar un análisis concreto sobre el asunto objeto de consulta:

i) En primer lugar, la Sentencia C-1191 de 2000 analizó la constitucionalidad del Decreto-Ley 266 de 2000<sup>1</sup> artículo 37, el cual consagró un régimen especial de control fiscal en las empresas de servicios públicos de carácter mixto y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas, norma que fue declarada inexecutable en virtud de los siguientes argumentos decantados por el Alto Tribunal Constitucional:

*"El Gobierno Nacional, al expedir el artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000, no sólo ha desbordado sus precisas facultades extraordinarias, sino que ha*

<sup>1</sup> Decreto-Ley 266 de 2000 "por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos: El texto declarado inexecutable indicaba lo siguiente: "Artículo 37- Control Fiscal de las Empresas de servicios públicos: El control fiscal de las empresas de servicios públicos de carácter mixto, y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de ésta o aquellas, se ejercerá sobre los actos y contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante. Para el cumplimiento de dicha función la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos establecidos en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

"Por razones de eficiencia el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente, mediante acto administrativo motivado, expedido con sujeción estricta a lo señalado en este artículo y en la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios estatales esté sujeto al control"

*limitado el ejercicio del control fiscal en las empresas mixtas cuyo objeto social sea la prestación de servicios públicos domiciliarios, como en las de carácter privado en las que participa el Estado, los entes territoriales o sus entidades descentralizadas, al control sobre los actos o contratos, derivados de su calidad de socio, de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, desconociendo la Constitución Política en relación con el control de gestión y de resultados y, adicionalmente, debilitando en forma ostensible la vigilancia de los bienes públicos en las empresas de servicios públicos”.*

En ese mismo orden indicó la Corte, que dicha limitación contenida en la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, debido a que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral.

**ii) En segundo lugar, la Sentencia C-290 de 2002, estudió la constitucionalidad de los artículos 5° y 6° de la Ley 689 de 2001, Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994 que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, y declaró inexecutable algunos apartes de la norma demandada, bajo los siguientes criterios:**

- El Tribunal Constitucional indicó que los organismos de control fiscal correspondientes – CGR y contralorías territoriales- requieren para ejercer sus funciones constitucionales y legales, el acceso a la información pertinente, necesaria y sin limitación alguna, sobre toda la documentación que soporte los actos y contratos de los accionistas en las empresas de servicios públicos domiciliarios. En otras palabras indicó 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 soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal”.*

- Ahora bien, sobre la atribución impuesta por la norma demandada al Contralor General de la Republica en el artículo 5° de la Ley 689 de 2001 relacionada con la expedición de un reglamento general sobre el sistema único y especial de control fiscal para las empresas de servicios públicos domiciliarios, se considera inconstitucional. En estos términos el Alto Tribunal manifestó: *“Sin embargo, para la Corte la atribución concedida en el segmento demandado no la puede ejercer el Contralor General de la República en virtud de las facultades que le confieren los ordinales 1° y 12° del artículo 268 Fundamental dado que, si bien en virtud de ellas puede dictar actos administrativos de alcance general a fin de señalar el procedimiento que*

*deben observar los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación para que al rendir las cuentas a que están obligados lo hagan de una manera ordenada y sistemática, así como coordinar los varios sistemas de control fiscal ya determinados por la Constitución y la ley para facilitarles a las contralorías el ejercicio de su función, estas materias son completamente diversas a la que pretende el legislador desarrolle dicho funcionario tendiente a la expedición de un reglamento general sobre el sistema único de control fiscal para las empresas de servicios públicos”.*

- En estos términos advierte la Corte que “la expedición de un reglamento general sobre el sistema *único* del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios es de por sí inconstitucional, pues es la propia Carta la que amplió el espectro del control fiscal a *varios* sistemas como el financiero, el de gestión, el de resultados y el de la valoración de los costos ambientales a fin de poner a tono la gestión de la Contraloría General de la República con los principios del Estado Social de Derecho de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”

- Por las anteriores razones, se declaró inexecutable parcialmente el artículo 5° de la Ley 689 de 2001, no sólo por la facultad reglamentaria asignada al Contralor General de la Nación sobre la expedición de un procedimiento especial para el proceso auditor de las ESPD, sino también porque conforme a lo dispuesto en el artículo 272 de la Carta Política las contralorías territoriales ejercen sus funciones en forma autónoma, es decir, sin ninguna subordinación alguna de carácter jerárquico respecto del Contralor General de la Nación.

- Asimismo, la Corte declaró inexecutable la norma que permitía a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios exigir la contratación de auditorías externas y desplazaba a las autoridades del control fiscal de una competencia que les había sido constitucionalmente asignada (artículo 6° Ley 689 de 2001). La Sala Plena consideró “inconstitucional que la Superintendencia de Servicios Públicos señale cuáles de estas empresas requieren contratar una auditoría externa y evaluar su gestión, como también el que las Comisiones de Regulación definan la metodología que servirá de base para determinar los casos en que las empresas oficiales no requieran de una auditoría externa”, en contravía de lo previsto en el artículo 267 superior.

**iii) En tercer lugar, la Sentencia C-529 de 2006, planteó las siguientes consideraciones** “es evidente que la perspectiva constitucional del control fiscal, en virtud de su carácter ampliado, comprende la vigilancia no sólo del manejo, en sentido estricto, de los recursos del Estado, sino que involucra

todas aquellas actividades sobre las que se proyecta el control financiero, de gestión y de resultados. Como se anotó anteriormente, las etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación hacen parte del ámbito legítimo de ejercicio del control fiscal. Por ende, la disposición de dineros públicos para la conformación de las sociedades de economía mixta, en tanto acto de inversión de recursos en un determinado tipo societario, es un motivo que otorga soporte suficiente al ejercicio del control mencionado”.

En efecto, la razón por la cual el legislador adscribe a las sociedades de economía mixta al sector descentralizado y les confiere, correlativamente, el carácter de organismos vinculados a la administración pública, es la participación estatal en la conformación del patrimonio social. Por tanto, en la medida en que ese aporte confiere a la sociedad de economía mixta un particular régimen jurídico, que la incorpora al Estado y le otorga la condición de instrumento para la consecución de sus fines, el control fiscal sobre la entidad no sólo es legítimo, sino constitucionalmente obligatorio. Conforme a lo señalado en apartado anterior, un entendimiento contrario, como el defendido por el demandante, crearía un campo de exclusión de la vigilancia fiscal sobre los recursos públicos, inadmisibles en el actual Estado constitucional.

**iv) De otro lado, la Sentencia C-736 de 2007 sobre el régimen jurídico especial de las empresas de servicios públicos domiciliarios, como sociedades de economía mixta y su vinculación a la Rama Ejecutiva o a las diversas entidades descentralizadas, frente al ejercicio del control fiscal estimó lo siguiente: “La vinculación de las sociedades de economía mixta a la Rama Ejecutiva, y su condición de entidades descentralizadas, implica consecuencias que emergen de la propia Constitución cuales son particularmente las siguientes: (i) que están sujetas un control fiscal en cabeza de la Contraloría General de la República, que toma pie en lo reglado por el artículo 267 de la Constitución, y que incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados (...).**

Dicha jurisprudencia, resaltó que el régimen y naturaleza jurídica especial de las ESPD tiene su origen constitucional, consistente en la prestación óptima de un servicio público a la ciudadanía y “las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos.

Agregó al respecto que “Las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y

reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos.

En atención al propósito constitucional descrito, de revestir de naturaleza y régimen jurídico especial la prestación de los servicios públicos, mediante la Ley 142 de 1994 se estableció concretamente el régimen general de los servicios públicos domiciliarios y a través de esta normatividad señaló qué tipo especial de sujetos podrían prestarlos y bajo qué régimen jurídico debían hacerlo.

Sobre la vigilancia de la gestión fiscal, es preciso resaltar que esta recae sobre las entidades que manejen fondos o bienes de la Nación de cualquier denominación, tal como es el caso de las sociedades de economía mixta, a tono de lo consagrado el artículo 267 del ordenamiento superior. Por lo tanto tal como lo expuesto la Alta Corporación Constitucional en la sentencia mencionada: "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".

### **Segunda consideración: Conclusiones generales de la Auditoría General de la República**

Del análisis jurisprudencial reseñado, la Auditoría General de la Republica establece unas conclusiones, respecto del objeto de la consulta:

i) El control fiscal se concibe como una función pública autónoma, ejercida por la Contraloría General de la República como entidad independiente de naturaleza técnica así como de las contralorías territoriales, en las cuales recae la gestión fiscal de la administración y, sobre la de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación incluidas las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos;

ii) Tal como lo señaló la jurisprudencia constitucional, no pueden existir restricciones legales o reglamentarias que impidan el ejercicio adecuado del control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal o sociedades de economía mixta; por ejemplo no es dable la restricción del acceso de la Contraloría General de la Republica y demás territoriales a los actos, contratos y demás documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral.

iii) Por tratarse de recursos públicos, el ejercicio de la función pública del control fiscal, asignado a la CGR y demás Contralorías sobre las ESPD no podrá ejercerse en los mismos términos que se establecen en el Código de Comercio para el manejo de las sociedades en sentido genérico.

iv) Se evidencia que, no existe en la actualidad un procedimiento especial para el ejercicio del control fiscal a las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal, ni podrá existir dicha reglamentación única en tanto la Corte Constitución mediante la Sentencia C- 290 de 2002 eliminó expresamente dicha facultad al Contralor General al declarar inexecutable parcialmente el artículo 5° de la Ley 689 de 2001, tal como se explicó anteriormente.

v) Dicha normatividad se declaró inexecutable parcialmente, no sólo por la facultad reglamentaria excesiva asignada al Contralor General de la Nación sobre la expedición de un procedimiento especial para el proceso auditor de las ESPD, sino también porque conforme a lo dispuesto en el artículo 272 de la Carta Política las contralorías territoriales ejercen sus funciones en forma autónoma, es decir, sin ninguna subordinación alguna de carácter jerárquico respecto del Contralor General de la Nación.

vi) Adicionalmente, tal como lo ha expresado el Alto Tribunal Constitucional, las ESPD independientemente de su naturaleza jurídica especial estarán sometidas al control fiscal por parte de los organismos instituidos para tal fin.

vii) Por las anteriores razones, la AGR estima que las directrices para la realización de auditorías en el ejercicio de la vigilancia y control fiscal a las empresas de servicios públicos domiciliarios deberán corresponder al procedimiento ordinario decantado por la Ley y comúnmente utilizado por el Ente de control territorial para vigilar la gestión fiscal de sus sujetos.

viii) El Artículo 130 de la Ley 1474 de 2011 habilitó una *metodología para el proceso auditor en el nivel territorial*, la cual se implementará para todos los sujetos de control independiente de su naturaleza jurídica o especialidad, consistente en que “la Contraloría General de la República, con la participación de representantes de las Contralorías territoriales a través del Sistema Nacional de Control Fiscal - Sinacof, facilitará a las Contralorías Departamentales, distritales y municipales una versión adaptada a las necesidades y requerimientos propios del ejercicio de la función de control fiscal en el nivel territorial de la metodología para el proceso auditor, se encargará de su actualización y apoyará a dichas entidades en el proceso de capacitación en el conocimiento y manejo de esta herramienta”. En cabeza de la Auditoría General, radica el deber de verificar el cumplimiento del mandato legal antes descrito.



ix) Cabe resaltar que la naturaleza especial de estas entidades corresponde al nivel de importancia que involucra la prestación de un servicio público a la población, pero dicho carácter jurídico especial no tiene injerencia con el ejercicio ordinario del control fiscal para tal fin, en tanto no existe respaldo legal o constitucional que habilite la creación de un procedimiento especial y único para auditar a las ESPD, incluida a la Empresa de Energía de Pereira.

### 3. Consideración final

El presente concepto jurídico se profiere en el marco de los parámetros establecidos en el artículo 28 del CPACA, con el propósito de resolver una consulta de carácter general y abstracto, en atención a las facultades expresamente señaladas en la Constitución y la Ley, sin el ánimo de solventar una controversia de carácter particular que se suscite entre las partes involucradas en el asunto.

Esta oficina queda atenta a brindar acompañamiento y apoyo jurídico en cualquier otro asunto que se requiera al respecto.

Cordialmente,



**CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ**  
Director Oficina Jurídica  
Auditoría General de la República

Folios: ( ) folios

Proyectó: Adriana Vergara- Asesora de despacho

Revisó: Carlos Oscar Vergara Rodríguez- Director Oficina Jurídica

