



Radicado No: 20211100017791

Fecha: 02-06-2021

Bogotá D. C.,
110.

Doctora:

JENNY CONSTANZA OSORIO VÉLEZ

Contralora Municipal

Contraloría General del Municipal de Manizales

Dirección: Calle 21 No. 23-22 Edificio Atlas pisos 5 y 9 Manizales.

Correos Institucionales: info@contraloriamanizales.gov.co / director@contraloriamanizales.gov.co

Manizales, Caldas

E. S. D.

Referencia: Concepto: 110.034.2021
SIA-ATC No. 012021000365.

Empresas de servicios públicos domiciliarios / Sociedades de economía mixta,
Alcance del control fiscal.

Cordial saludo Doctora Jenny Constanza;

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en el correo electrónico del día viernes 07 de mayo del 2021, radicado bajo el SIA-ATC. 012021000365, en el que hace la siguiente consulta:

“(…)

1. *Solicitamos comedidamente a su despacho la conceptuar acerca de la posibilidad de incluir una Empresa de servicios públicos, con un porcentaje de participación de recursos públicos del 48.7%, aportados por una Entidad descentralizada de la Administración Municipal.*
2. *En caso de que una Entidad de este tipo pueda ser objeto de control fiscal, se nos apoye determinando si la misma debe ser sujeto de control y en dicho caso objeto de la cuota de fiscalización, o en su defecto punto de control*
3. *Se nos apoye en la valoración de la situación y a la luz de los procesos que desde su entidad se conozcan de entidades o empresas de servicios públicos, para que expida un concepto que pueda ser integrado al proceso llevado a cabo por esta Contraloría y remitido a los correos director@contraloriamanizales.gov.co e infoauditoria@contraloriamanizales.gov.co.*
4. *Se nos ilustre cuales son los criterios que de manera regular deben ser considerados a efectos determinar si una Entidad que tenga recursos públicos, cualquiera sea su naturaleza, pueda ser sujeto de control o punto de control. (…)*”.

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: *“Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...”* (Negrilla fuera de texto).

De otro lado le informamos que, el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”*, amplió el termino para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

“Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

(...)”

Es pertinente aclarar que no es resorte legal de la Auditoría General de la República, indicar la manera como deben proceder sus sujetos de control y vigilancia fiscal como lo son las contralorías territoriales, dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Teniendo en cuenta nuestra competencia en la vigilancia y control, cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan a la consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta, pues como se expuso anteriormente, será la respectiva contraloría, la encargada de analizar la norma y darle la aplicación correspondiente.

Asimismo, le indicamos que de conformidad con las facultades establecidas el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*, es una función de la Oficina Jurídica *“Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo”*, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Con el objeto de brindar una ilustración que contribuya a dar mayor claridad sobre el tema consultado, se procede a realizar las siguientes precisiones de carácter general y abstracto sobre el asunto en comento, en el siguiente orden:

1. De las empresas de servicios públicos domiciliarios, alcance del control fiscal:

Con fundamento legal en lo preceptuado en la Ley 142 de julio 11 del 1994¹ y sus modificaciones, en su artículo 14, trae a colación la definición especial que abarca el concepto y/o significado de empresa de servicios públicos oficial, mixta y privada, en los siguientes términos:

“(…) Artículo 14° Definiciones: Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

En cuanto a su naturaleza y régimen jurídico, el artículo 4 de la norma ibídem, establece que la empresa de servicios públicos, son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos y a su turno el artículo 2 de la Ley 286 de 1996, establece que: *“Las entidades descentralizadas y demás empresas que estén prestando los servicios a los que se refiere la Ley 142 de 1994, se transformarán en empresas de servicios públicos de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994”.*

Sobre este particular, es pertinente recordar lo mencionado por el Consejo de Estado en concepto 1141 de 1998, en el que se señaló:

“(…) La Ley 142 de 1994, no crea una limitación o una restricción a la función de control fiscal sobre las empresas de servicio públicos mixtas o privadas. Por el contrario, su aplicación debe ser complementaria, concurrente y armoniosa sobre 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 de control de los bienes y recursos públicos, independientemente del sujeto que lo maneje o administre”

Expresado lo anterior, procedemos a dar una orientación en un sentido más amplio y global, remitiéndonos en un segundo plano jurídico, a lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del Decreto 489 de 1998², con sus modificatorias sustanciales así:

“(…) Artículo 96° Constitución de Asociaciones y Fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares:

Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas

¹ *“Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.*

² *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.*

jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.

En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que dé origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:

- a) Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;*
- b) Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;*
- c) La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;*
- d) La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;*
- e) La duración de la asociación y las causales de disolución (...).*

“(…) Artículo 97° Sociedades de Economía Mixta: *Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley (...).*”

Teniendo como último referente normativo en materia de control fiscal, acudimos a lo preceptuado en el **Decreto 403 de 2020** “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, las empresas de servicios públicos como la consultada son sujetos de control por parte de las Contralorías conforme el ámbito de su competencia, la cual debe evaluarse bajo los principios de la gestión fiscal establecido en el artículo 3 y en apego a lo reglado en el artículo 52 del mismo normado así:

“(…) Artículo 52° Aplicación de los sistemas de control fiscal en sociedades con participación estatal: *La vigilancia de la gestión fiscal en las sociedades de economía mixta se hará teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios de la gestión fiscal.*

Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal.

En las sociedades distintas a las de economía mixta en que el estado participe la vigilancia fiscal se hará de acuerdo con lo previsto en este artículo.

PARÁGRAFO 1º. *La vigilancia fiscal en las entidades de que trata el artículo 94, 95 y 96 de la Ley 489 de 1998, se hará teniendo en cuenta si se trata de aporte o participación del Estado. En el primer caso se limitará la vigilancia hasta la entrega del aporte, en el segundo se aplicará lo previsto en inciso primero del presente artículo.*

(...). *Negrilla y cursiva ex profeso*

Bajo la órbita de las disposiciones legales anteriormente enunciadas y para complementar los aspectos normativos, nos remitimos a la Resolución Orgánica No. 4959 de 1999, emitida por Despacho de la Contraloría General de la República "Por la cual se expide el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios", La cual es una guía de la forma como podría reglamentarse en la respectiva contraloría territorial partiendo del articulado que es preciso y da respuesta a la mayoría de sus interrogantes.

De sus apartes se destaca³:

"(...) 7. Que el régimen jurídico especial determinado por la Ley 142 de 1994 para las empresas de servicios públicos domiciliarios hace necesario fijar las condiciones y modalidades bajo las cuales se realiza el control fiscal de los aportes y participaciones estatales en dichas empresas, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado en providencia del 10 de septiembre de 1998, con radicación 1141.

8. Que el artículo 27.4 de la Ley 142 de 1994 establece 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 ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderle. A tales bienes y a los actos y 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 distritales, departamentales y municipales.

9. Que el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 consagra a su vez que la vigilancia de la gestión fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios incluyen el ejercicio de un control financiero, de gestión, de legalidad y de resultados.

10. Que el Consejo de Estado en sentencia de acción de cumplimiento ACU-615 de marzo 10 de 1999 precisó lo siguiente:

"En efecto la sujeción de las empresas prestadoras de servicios públicos al régimen de derecho privado, según los mandatos de la Ley 142 de 1994 en cuanto a sus actos y contratos, no hace que su gestión escape al control fiscal al que constitucional y legalmente está sometida", y agrega "resulta claro entonces que el poder de control fiscal surge de la naturaleza pública del aporte, independientemente de la forma social adoptada por la empresa de servicios públicos".

11. Que la Corte Constitucional en sentencia TAC-638 de 1998 expresó:

"Cuando en desarrollo del artículo 365 de la Constitución Nacional el Estado le otorga a un particular la facultad de prestar un servicio público, está poniendo en manos de ese ente público el ejercicio de una función de naturaleza pública (...), así pues la entidad accionada en este caso de naturaleza privada que presta un servicio público, actúa por esa circunstancia como autoridad pública".

12. Que con fundamento en los principios rectores que gobiernan a las empresas de servicios públicos domiciliarios y de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales aplicables, el control fiscal debe realizarse procurando que su aplicación se integre con los diferentes instrumentos de control, inspección y vigilancia estipulados en la Ley 142 de 1994, y los desarrollos jurisprudenciales citados, a fin de lograr un balance en su ejercicio, que en la medida en que armonice la acción de los distintos órganos e instancias que lo realizan, contribuya eficazmente a la tarea estatal de asegurar la prestación eficiente de los mencionados servicios públicos.

2. De la Consulta planteada

³ CGR "Por la cual se expide el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios".

Como se observa, en la última reforma del control fiscal esto es el Decreto 403 de 2020, en su artículo 52, la norma se refiere específicamente a las sociedades de economía mixta, frente a la cual es claro que es sujeto de control fiscal, conforme a las competencias señaladas en la Constitución Política (modificada mediante Acto Legislativo No. 04 del 2019), control que recae “teniendo en cuenta la participación que el Estado tenga en el capital social, evaluando la gestión empresarial de tal forma que permita determinar que el manejo de los recursos públicos se realice de acuerdo con los principios de la gestión fiscal”.

Dicho lo anterior y con carácter orientador este Despacho concluye que las contralorías territoriales del país tienen a su cargo una función pública, entre otras, la facultad y/o potestad para realizar un control fiscal de índole territorial en el ámbito de sus competencias por lo que es dable concluir que las empresas de servicios públicos como en el caso puesto de presente, son sujeto de control fiscal de las Contralorías, según lo antes señalado.

En todo caso, este Despacho le informa que han sido previamente resueltas consultas realizadas sobre aspectos similares, a los cuales se les ha dado respuesta, mediante oficios con radicados bajo los números 110.003.2021, 110.015.2017, 110.0322005, 110.16.2020, 110.03.2019, 110.015.2018, 110.012.2017, 110.019.2010, 110.009.2007, 110.002.2002, las cuales se adjuntan para su consulta.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, manifestándole además que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 “*Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.*”, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

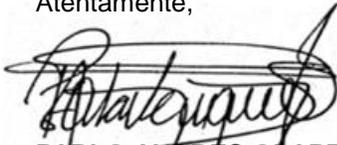
El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 “*Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 – 25000-23-37-000-2012-00320-01:

*“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**” (Negrilla fuera de texto)*

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia: avenida calle 26 No. 69-76 torre 4 (agua) pisos 17 y 18 Edificio: Elemento en la ciudad de Bogotá D. C., o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y laabril@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña **1297b36a**, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

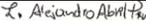
Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Luis Alejandro Abril Parra		02-06-2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		02-06-2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		02-06-2021

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.