



Radicado No: 20211100028491

Fecha: 08-09-2021

Bogotá,
110

Doctora
KARLA YOMARA CAMPUZANO GONZALEZ
Contralora
Contraloría Municipal de Pereira
Carrera 7 No. 18-55 Palacio Municipal piso 7º
Pereira, Risaralda
juridica@contraloriapereira.gov.co

Referencia: Concepto 110.061.2021
SIA-ATC. 012021000588

Doctora Campuzano,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en correo electrónico del 30 de julio de 2021, el cual fue radicado con el No. 20212330012452 del 30 de julio de 2021 y bajo el SIA-ATC., 012021000588, en el cual se identifican los siguientes:

ANTECEDENTES

- I. De acuerdo con el solicitante, la Empresa de Energía de Pereira S.A. ESP *“es una empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, creada por medio del acuerdo 30 del 10 de mayo de 1996 expedido por el Concejo Municipal, se conforma, entonces una sociedad por acciones para prestar el servicio público domiciliario de energía”* y la Terminal de Transportes de Pereira S.A. *“es una Sociedad Anónima con las características de aquellas de Economía Mixta, del Orden Municipal, de segundo grado”*.
- II. La Empresa de Energía de Pereira S.A. y la Terminal de Transportes de Pereira S.A., en consonancia con lo expuesto por la Contraloría Municipal de Pereira, se niegan a cumplir con la rendición de la información requerida en los formatos e instructivos del Artículo 8 de la Resolución No. 435 de 2019 expedida por el órgano de control.

Es por lo anterior que se eleva la siguiente consulta:
“(…)

- 1. ¿Puede exigírsele a una empresa de economía mixta y de régimen especial rendir la contratación relacionada a dineros públicos a través de las plataformas SECOP, SIA OBSERVA y SIA CONTRALORIAS?**
- 2. ¿Qué información debe rendir la Empresa de Energía y el Terminal de Transportes actualmente sujetos de control de la Contraloría?**
- 3. ¿La Auditoría General de la Republica ha considerado adaptar los formatos de SIA OBSERVA y SIA CONTRALORIAS a la sociedad de economía mixta y régimen privados para que rinda cuenta frente a los contratos e información que involucren inversión de erario?"**

En razón a lo consultado, se procede a revisar de manera individual las inquietudes así:

- 1. ¿Puede exigírsele a una empresa de economía mixta y de régimen especial rendir la contratación relacionada a dineros públicos a través de las plataformas SECOP, SIA OBSERVA y SIA CONTRALORIAS?**

Es pertinente traer a colación el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 en donde se define a las sociedades de economía mixta como *“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”*, en su parágrafo se indica que las sociedades de economía mixta en las que el aporte de la nación, entidades territoriales y entidades descentralizadas sea igual o mayor al noventa por ciento (90%) del capital social, el régimen de sus actividades y servidores será el de las empresas industriales y comerciales del estado.

Por su parte, el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.”* Dispone que las sociedades de economía mixta, cuya participación del estado sea superior al cincuenta por ciento (50%) estarán regidas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

“Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.”

En todo caso, las entidades estatales exceptuadas legalmente del Estatuto General de Contratación de la *Administración Pública* deberán aplicar los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, artículos 209 y 267 de la Constitución Política respectivamente, y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal.

Por otro lado, en términos del control fiscal, el Acto Legislativo 4 de 2019, dispuso que es a la Contraloría General de la República a la que le corresponde vigilar ***“la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. La ley reglamentará el ejercicio de las competencias entre contralorías, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.”*** (negritas fuera de texto).

La precitada Ley 489 de 1998 en el artículo 38 numeral 2, refiriéndose a la integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, sector descentralizado por servicios, hace referencia a las sociedades de economía mixta en el literal f, es así como, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado indicó que lo anterior, *“las ubica en la nomenclatura de las entidades públicas o entidades estatales, también aplicable a las del orden territorial, según el parágrafo del artículo 2 ibidem, parágrafo 1 del artículo 68 y artículo 69 ejusde”*¹

En el contexto del juicio de constitucionalidad del artículo 38 ibidem, la Corte Constitucional, indicó que *“en todos los casos se conviene en aceptar que las sociedades de economía mixta no son personas jurídicas de derecho privado, sino que, en el sentido que se ha expuesto, **hacen parte del Estado, es decir, son entidades estatales de la Rama Ejecutiva del poder público, con el régimen especial de aplicación del derecho civil y comercial que se ha referido en este concepto”***² (negritas fuera del texto)

En lo tocante al Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP, la Ley 1150 de 2007, que previó su creación, dispuso que este sistema sería punto único de ingreso de información y generación de reportes para las entidades estatales y así mismo, albergaría la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, por lo que es posible determinar que este sistema vincula a todas las entidades estatales en general y a los procesos de contratación que se lleven a cabo con dineros públicos:

*“b) Servirá de punto único de ingreso de información y de generación de reportes para las **entidades estatales** y la ciudadanía;*

¹ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 2217 del 11 de septiembre de 2014. CP. Álvaro Namén Vargas.

² COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-910-07 de 31 de octubre de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

c) Contará con la información oficial de la **contratación realizada con dineros públicos**, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos (...)” (negrillas fuera de texto).

Respecto del soporte lógico, Sistema de Información de Auditoría (SIA) OBSERVA el cual gestiona el proceso de registro, consulta y rendición de la contratación y su presupuesto, de acuerdo con la Resolución Orgánica 8 de 2020 de la Auditoría General de la República establece:

“Son responsables de rendir la cuenta a la Auditoría General de la República, el Contralor General de la República; los contralores departamentales, distritales y municipales; el Gerente del Fondo de Bienestar Social de la Contraloría General de la República; y los gerentes, administradores y/o representantes legales de los fondos de bienestar social de las contralorías departamentales, distritales y municipales.”³(negrillas fuera de texto)

Además, el artículo 7 pregona lo siguiente:

“(…)

Los responsables rendirán la cuenta a la Auditoría General de la República a través del **SIA Misional**, módulo **SIREL**, módulo **PIA** y el **SIA Observa**.

(…)

La cuenta con la información de contratación y su presupuesto se rendirá a través del **SIA Observa** según los parámetros y validaciones dispuestos en el mismo sistema de información. Esta información se debe rendir mensualmente por parte de todos los sujetos vigilados por la Auditoría General de la República (...).”

Según los artículos referenciados, los sujetos que deben rendir cuenta de información de contratación y presupuesto en el Software SIA Observa son aquellos que de acuerdo con el artículo 6 de la Resolución, son responsables de rendir cuenta a la Auditoría General de la República.

Ahora bien, con relación al SIA Observa Contralorías, en necesario traer a colación el artículo 267 modificado por el Acto Legislativo No. 4 de 2019, en lo tocante a la vigilancia de la gestión fiscal ejercida por la Contraloría General de la República, pues de acuerdo con él, debe entenderse la gestión fiscal como:

“(…) el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes

³ Artículo 6

públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.⁴

Asimismo, la Constitución Política en el artículo 272 modificado por el Acto Legislativo 4 de 2019 consagra acerca de la vigilancia fiscal en los Departamentos y Municipios lo siguiente:

“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República. La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.”

El Decreto Ley 403 de 2020 expedido para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal, determinó que está a cargo de las contralorías territoriales la vigilancia y control de la gestión fiscal de los departamentos, distritos, municipios, demás entidades pertenecientes al orden territorial y otros sujetos de control dentro de cada jurisdicción, en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

Sobre la independencia técnica de las contralorías territoriales, el Decreto también advierte que:

*“Las actividades, acciones y objetos de control serán establecidos con independencia técnica por las contralorías territoriales, sin perjuicio de la colaboración técnica que puede existir entre ellas. Los contralores territoriales **podrán prescribir los procedimientos técnicos de control, los métodos y la forma de rendir cuentas por parte de los responsables del manejo de fondos o bienes públicos e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse dentro de su área de competencia**; sin perjuicio de la facultad de unificación y estandarización de la vigilancia y control fiscal que le corresponde al Contralor General de la República, la cual tiene carácter vinculante para las contralorías territoriales.” (negritas fuera de texto).*

Ahora, en materia de empresas de servicios públicos, la Ley 142 de 1994 define a la empresa de servicios públicos de naturaleza mixta como *“aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.”⁵*

El artículo 27 de la misma, hace referencia a las empresas de servicios públicos con aportes estatales y establece lo siguiente:

⁴ Ley 610 de 2000, Art. 3.

⁵ COLOMBIA, Ley 142 de 1994, art. 14.

*“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 ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. **A tales bienes, y a los 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**” (Negritas fuera de texto).*

De este modo, sobre el control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del estado, se indica que este se ejercerá sobre los aportes, actos o contratos que tengan que ver con las gestiones del Estado en su calidad de accionista, por tanto, el control recae sobre la documentación que soporte dichos actos y contratos y no sobre las empresas como tal⁶.

Expuestas las normas de control fiscal relevantes en materia de empresas de servicios públicos de naturaleza mixta, es necesario definir la plataforma SIA Observa Contralorías. De acuerdo con Concepto 110.017.2016 con Radicado SIA-ATC. No. 2016110002093 del 5 de junio de 2016, rendido por la Auditoría General de la República:

“El SIA OBSERVA es un sistema de información diseñado y desarrollado por la Auditoría General de la República, con el objeto de brindarle una herramienta tecnológica de calidad, no solo a las contralorías del país que no cuentan con recursos para invertir en tecnologías de información y comunicación para hacer más efectivo el control sobre los recursos públicos, sino también para ayudarle a los sujetos vigilados a que reporten la información de una manera más efectiva y eficaz, de tan manera que desde la fuente de información se genere un verdadero control y gestión a la contratación y el presupuesto de las entidades (...).”

Igualmente, este organismo, en Concepto 110.28.2020 con radicado SIA-ATC. No. 012020000268, sobre lo anterior se pronunció así:

*La Auditoría General de la República en ejercicio de su función legal de coadyuvancia a las contralorías territoriales, mediante convenio con cada una de ellas, permitió el uso del aplicativo SIA Observa como herramienta para la rendición de la cuenta que los sujetos vigilados deben hacer a su respectiva contraloría. Dentro de estos convenios, **se establece que la respectiva contraloría territorial es quien define y reglamenta las condiciones de uso, la información a rendir y la oportunidad en la rendición de la información en este módulo**, sin que se pueda exceder del término establecido por la AGR para su incorporación en el módulo (el día 20 del mes posterior al reportado); igualmente, las contralorías podrían establecer las causales de sanción referentes a esta rendición. (Negritas fuera de texto).*

En consecuencia, las contralorías, respecto de las entidades del orden territorial y de los demás

⁶ Ibídem, art. 50

sujetos de control dentro de la jurisdicción territorial, deberán determinar la forma, procedimientos y métodos en que estos le rindan cuentas. Es así como, las entidades sujetas a control fiscal por las Contralorías Territoriales estarán sujetas a las directrices de la contraloría de la entidad territorial a la que pertenezcan.

2. ¿Qué información debe rendir la Empresa de Energía y el Terminal de Transportes actualmente sujetos de control de la Contraloría?

En pro de absolver el presente interrogante, de manera general es necesario puntualizar la naturaleza jurídica del tipo de empresas objeto de consulta.

En lo tocante a Terminales de Transporte, el artículo 5 del Decreto 2028 de 2006 define a las terminales de transporte terrestre:

“Artículo 5. Son consideradas terminales de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera el conjunto de instalaciones que funcionan como una unidad de servicios permanentes, junto a los equipos, órganos de administración, servicios a los usuarios, a las empresas de transporte y a su parque automotor, donde se concentran las empresas autorizadas o habilitadas que cubren rutas que tienen como origen, destino o tránsito el respectivo municipio o localidad.”

El Decreto 2762 de 2001⁷ establece que las empresas administradoras y operadoras de terminales de transporte terrestre automotor podrán conformarse como sociedades de capital privado, público; cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio y organización propios y se rigen por las normas aplicables según el tipo de sociedad en que se constituyan.

En tratándose de empresas de terminal de transporte terrestre automotor con aportes de capital mixto, estas poseen la naturaleza de una empresa de economía mixta, así se indicó por el Departamento Administrativo de la Función Pública en concepto 42201 del 13 de marzo de 2015, en el que además fue citada la Sentencia C-953/99 del 1 de diciembre de 1999 con postura del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra, proveído que declaró inexecutable el inciso segundo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998:

“La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus

⁷ Art. 3.

entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

La misma suerte corre por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de naturaleza Mixta, desarrollada en el anterior acápite.

Del anterior análisis es posible argüir que las sociedades de economía mixta, al igual que cualquier entidad estatal o particular que administre, use, gestione (entre otras acciones) dineros públicos, se encuentran sujetos a control fiscal sobre su gestión empresarial y solo en lo tocante a los aportes estatales. Para el caso de las sociedades con aportes estatales y privados del orden municipal, distrital o departamental, estas estarán sujetas al control de la Contraloría General de la Nación y de las contralorías territoriales, dependiendo del orden al que pertenezcan dichas entidades, quienes determinarán la forma en que estos sujetos deberán rendir cuenta para el efectivo control.

3. ¿La Auditoría General de la República ha considerado adaptar los formatos de SIA OBSERVA y SIA CONTRALORIAS a la sociedad de economía mixta y régimen privados para que rinda cuenta frente a los contratos e información que involucren inversión de erario?

Tal como se indicó con anterioridad, el aplicativo SIA Observa es utilizado para la rendición de cuenta que deben efectuar los sujetos de control de la Auditoría General de la República (Contralor General de la República, contralores departamentales, distritales o municipales, el Gerente del Fondo de Bienestar Social y los gerentes, administradores y/o representantes legales de los fondos de bienestar social de las contralorías territoriales).

Por otra parte, SIA Observa Contralorías, en reiteración de lo precisado en conceptos anteriores de este despacho, fue creado como un mecanismo de colaboración con las contralorías territoriales a través de convenios individuales con cada una de ellas, con el fin de que los sujetos susceptibles de su control, rindan cuenta a la respectiva contraloría. Es así como, la Auditoría General de la República solo coadyuva, facilitando el mencionado software a las contralorías territoriales, bajo parámetros que serán definidos en cada uno de los convenios interadministrativos celebrados con estos organismos.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que 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)

Igualmente 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 término 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.

(...)

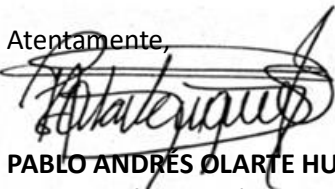
Finalmente, le manifestamos que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 "Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras 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).

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <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,


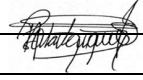
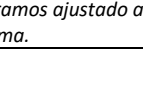
adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos jurídica@auditoria.gov.co y fajattin@auditoria.gov.co Si para usted resulta más 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 6d1da5e5, 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:	Fhara Alejandra Jattin Sánchez		06/09/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		08/09/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		08/09/2021

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.