



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20101100022041

Fecha: 30-04-2010

Bogotá DC,
110-019-2010

Doctora
DEGNIS YILENA PEREZ JIMENEZ
Gerente
ELECTROVICHADA S.A. ESP
Puerto Carreño, Vichada

Asunto: Rad. No. 2010 233 000097 2.
Consulta - Alcance control fiscal a empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

Estimada doctora Pérez:

Doy alcance a su comunicación del asunto, que recibimos de la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal de esta entidad, en la cual eleva consulta sobre el alcance del control fiscal de la Contraloría Departamental de Vichada, en la Empresa de Energía Eléctrica de ese Departamento, en su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixta, que procedemos a responder en los siguientes términos:

1. Consideración preliminar

Antes de entrar a resolver su consulta es importante señalar que, dadas 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 administrativas que sean de competencia de las entidades sujetas a su vigilancia, ya que le corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a su consideración.

No obstante, con el ánimo de brindar una orientación a su inquietud, haremos algunas precisiones sobre el particular, en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

2. Marco constitucional y legal

Como marco de referencia para el análisis del problema jurídico planteado, a continuación

relacionamos las normas constitucionales y legales que estimamos pertinentes para nuestro análisis:

Dispone el artículo 119 de la Constitución Política, que la Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración. A su vez, el artículo 267 superior define el control fiscal como una función pública que será ejercida por la Contraloría General de la República sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

El artículo 272 de la Carta señala que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya Contraloría corresponde a éstos; igualmente dispone que los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República.

Conforme a las citadas normas, el control fiscal se extiende a toda la administración, de la que forman parte las empresas industriales y comerciales del Estado, del orden departamental y municipal (Artículo 300, numeral 7 y 313 numeral 6).

Por su parte, los artículos 2 y 3 de la Ley 42 de 1993, establecen:

“Artículo 2º. *Son sujetos de control fiscal los 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.*

Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo. (...)”

“Artículo 3º. *Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integran la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades de este orden enumeradas en el artículo anterior.*

Para efectos de la presente Ley se entiende por administración territorial las entidades a que hace referencia este artículo.”

A su vez, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, señaló las entidades descentralizadas del orden nacional y dispuso que el régimen jurídico allí previsto para ellas, sea aplicable a las entidades territoriales, sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial, así:

“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 aún 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, sujetas a regímenes especiales por mandato de la Constitución Política, se someterán a las disposiciones que para ellos establezca la respectiva ley.

Parágrafo 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.” (La negrilla es nuestra)

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 sujetaran a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la misma Ley 489, en los aspectos no regulados por aquella y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen.

El artículo 14 de la citada Ley 142 de 1994, para efectos de su interpretación y aplicación,

trae algunas definiciones, dentro de las cuales están las de empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas, así.

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

14.5. Empresas de Servicios Públicos Oficiales. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tiene 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 estas 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 que se someten los particulares.”

De conformidad con las normas expuestas de la Ley 489 de 1998, se puede advertir que el legislador sólo se refiere expresamente a las empresas oficiales de servicios públicos como entidades descentralizadas, sin embargo el mismo artículo 68 de la citada ley continúa 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.

Congruente con lo expuesto, se puede sostener que las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas o privadas, así como las empresas industriales y comerciales del Estado, son entidades descentralizadas, y por lo tanto, les es aplicable el régimen establecido en las Leyes 142 de 1994 y 489 de 1998, en relación con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como también lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la Ley 42 de 1993, que prevalece en materia de control fiscal y señala como sujetos del mismo a quienes manejen fondos o recursos públicos.

3. La sentencia C-736 de 2007

Resulta de especial interés para nuestro análisis, lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C- 736 de 19 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente, Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, que al referirse a la exequibilidad de algunos apartes de las Leyes 142 de 1994 y 489 de 1998, expresó:

(...) "5.3 Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de participación pública, son entidades descentralizadas y constitucionalmente conforman la Rama Ejecutiva.

5.3.1. Según se analizó anteriormente, no es posible pensar que la enumeración constitucional recogida en el último inciso del artículo 115 sea taxativa, por lo cual el legislador está en libertad de adicionar otros organismos a aquellos que por expresa mención de este artículo conforman la Rama Ejecutiva. Ciertamente, la conformación de la "estructura de la Administración", es decir de la Rama Ejecutiva, es un asunto que el numeral 7° del artículo 150 superior pone en manos del legislador; y que en los niveles departamental y municipal es facultad de las asambleas y consejos respectivamente. (C.P. artículos 300 numeral 7 y 313 numeral 6).

De lo anterior se deriva que, desde la perspectiva constitucional, en el nivel nacional las empresas de servicios públicos públicas, mixtas o privadas en las cuales haya cualquier porcentaje de capital público pueden formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, según lo disponga el legislador, que para esos efectos está revestido de las facultades que le confiere expresamente el numeral 7° del artículo 150 superior.

Visto lo anterior, la Corte debe detenerse a examinar el tenor literal de dos de las disposiciones parcialmente acusadas en la presente oportunidad. Son ellas las siguientes:

(i) El artículo 38 de la Ley 498 (sic) de 1998, titulado "Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional", norma que, al enlistar los organismos que conforman el sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva, en su literal d) incluye a "las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios"¹, pero no a las empresas mixtas o privadas de la misma naturaleza. Debe recordarse que según lo define el numeral 5° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, no demandado en esta oportunidad, la 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."

1

Esta última expresión es la que ha sido demandada de inconstitucional dentro del presente proceso.

(ii) El artículo 68 de la misma Ley que señala que “(s)on entidades descentralizadas del orden nacional ..., 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...”. (La expresión subrayada es la acusada). Como puede observarse, esta disposición incluye dentro de las entidades descentralizadas del orden nacional a las empresas oficiales de servicios públicos, pero no hace lo propio con las empresas mixtas o privadas de la misma naturaleza.

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). Con lo cual resultaría discutible su constitucionalidad, dado que, conforme a la definición legal de este tipo de empresas, contenida en los numerales 6 y 7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, se trata de tipos societarios constituidos con capital concurrente del Estado y de los particulares. Ciertamente, dichas definiciones legales, se recuerda, dicen así:

“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.”

Nótese cómo una empresa de servicios públicos privada es aquella que mayoritariamente pertenece a particulares, lo cual, a contrario sensu, significa que minoritariamente pertenece al Estado o a sus entidades. Y que

7

una empresa de servicios públicos mixta es aquella en la cual el capital público es igual o superior al cincuenta por ciento (50%), lo cual significa que minoritariamente pertenece a particulares. Así las cosas, una y otra se conforman con aporte de capital público, por lo cual su exclusión de la estructura de la Rama Ejecutiva y de la categoría jurídica denominada "entidades descentralizadas" resulta constitucionalmente cuestionable, toda vez que implica, a su vez, la exclusión de las consecuencias jurídicas derivadas de tal naturaleza jurídica, dispuestas expresamente por la Constitución.

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. Ciertamente, el texto completo del numeral 2° del artículo 38 es del siguiente tenor:

"Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

...

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) **Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.** (Lo subrayado es lo demandado)"

Nótese cómo en el literal d) el legislador incluye a las "demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o 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 (sic) 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."

Sobre el artículo 68 de la citada Ley 489, la Corte señala

"Obsérvese que 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." (Subrayamos nosotros)

3. La consulta planteada

Ahora bien, respecto a su consulta relacionada con el alcance del control fiscal, nos permitimos hacer las siguientes precisiones, de manera general:

El objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio público, así lo entendió el legislador al expedir la Ley 142 de 1994, determinando en su artículo 27.4, 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 ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los

dividendos que puedan corresponderles..." Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos 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 y de las contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el sólo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

A propósito del control fiscal sobre las empresas de servicios públicos, el Consejo de Estado en concepto 1141 de 10 de septiembre de 1998, expresó:

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

Así las cosas, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Carta, en criterio de esta Oficina, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con miras a la protección de los recursos públicos. Una restricción a dicho control no puede llegar al punto de canalizar el mismo sólo en relación con la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el socio estatal, pues el organismo de control fiscal correspondiente requiere para ejercer sus funciones en la forma dispuesta por la Constitución y la ley de una actuación amplia, de manera tal que se le debe permitir tener acceso a la información pertinente y necesaria, que soporte dichos actos y contratos.

Ahora bien, en cuanto a su inquietud sobre el sometimiento de las empresas de servicios públicos mixtas a las disposiciones contenidas en la Ley de Garantías, el régimen laboral de sus trabajadores, y el Estatuto General de la Contratación Pública, esta oficina no es competente para resolver de fondo su inquietud.

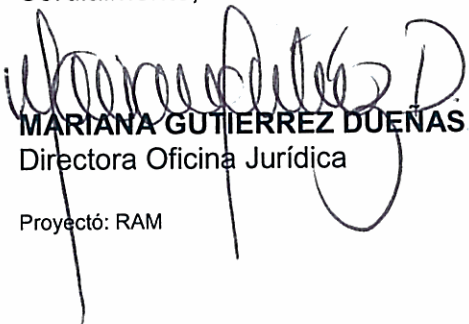
No obstante, le recomendamos revisar la citada sentencia C-736 de 2007, en lo que atañe al carácter de las entidades descentralizadas, que pertenecen a la estructura de la rama ejecutiva del poder público, consultar la Directiva Presidencial 11 de 2009, relativa a la aplicación de la Ley de Garantías, así como, lo dispuesto en el artículo 123 de la Carta Política, que señala "son servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios", y el artículo 125 *Ibidem*, la Corte Constitucional concluyó en el pluricitado fallo que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las empresas de servicios públicos, son servidores públicos. Es preciso anotar que, a la luz de los citados artículos de la Constitución Política, la Corte ha indicado que la noción de servidor público es un género que comprende diferentes

especies cuales son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

En cuanto se refiere al régimen de actos y contratos de las empresas de servicios públicos², resulta claro lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001, en el sentido de que los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación Pública, salvo que dicha ley disponga otra cosa.

Sin embargo, entendemos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, que se encargó de "introducir medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993" así como de "dictar otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos", se estableció el imperativo cumplimiento de los principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación Pública. En este orden de ideas, creemos que los procesos de contratación que estas entidades celebren deben observarse con sujeción a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente, según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Cordialmente,



MARIANA GUTIERREZ DUENAS
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: RAM

² Se recomienda consultar el CONCEPTO SSPD-OJ-2008-420 de la Superintendencia de servicios públicos domiciliarios de fecha 26 de agosto de 1998, sobre el régimen de contratación aplicable a las ESPD