8.

Zayra Amparo Silva Granados

De: JURIDICA contraloria-narino [juridica@contraloria-narino.gov.co]
Enviado el: Viernes, 19 de Marzo de 2010 08:45 a.m.
Para: Oficina Jurídica
Asunto: SOLICITUD DE CONCEPTO

San Juan de Pasto, 19 de marzo de 2010 CDN-1000-12-32-097

Doctora:
MARIANA GUTIERREZ DUEÑAS
Directora Oficina Jurídica
Auditoria General de la Republica
Carrera 10 No. 17-18 Piso 9 Edificio Colseguros
Bogota.

REF.: Solicitud de Concepto

En mi calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría Departamental de Nariño, con mi acostumbrado respecto me dirijo a usted con el fin de solicitar se sirva emitir concepto jurídico frente al siguiente interrogante.

Fueron allegados a mi oficina solicitudes suscritas por Administradores de Asociaciones de Usuarios de Servicios Públicos de varios municipios, en los que solicita información acerca de si deben o no rendir cuentas a la Contraloría Departamental teniendo en cuenta son entidades sin animo de lucro y que dentro de su patrimonio no tienen acciones de entidades publicas, sin embargo si reciben subsidios de los servicios públicos de los respectivos municipios donde se encuentran ubicados.

Al respecto me permito consultar:

1.- Esta clase de asociaciones con las características anotadas deben presentar y rendir cuentas a la Contraloría Departamental de Nariño?

D[illegible]sted altamente agradecida.

AUDITORÍA GENERAL
Rad No 2010-233-001510-2
Fecha 19/03/2010 14:58:03 Us Rad. JNRIVERA
Asunto : SOLICITUD DE CONCEPTO
Destino : / Rem CIU contraloria departamental
www.orfeogpl.org - Sistema de Gestión

Atentamente,

SANDRA MILENA BURGOS HIDALGO
Jefe Oficina Jurídica
(Orignal firmado)

Marzo 19/2010

19/03/2010

Recibí 23-03-10 8:08 am

Recibí MHB 25/03/10. 9:00 am.

Diana H.

19 MAR 2010

AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

¡Fortaleza del control fiscal!

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20101100041011
Fecha: 29-07-2010

Bogotá D.C.,
110-028-2010

Devolver Copia Firmada
YY 21409197 CO

Doctora
SANDRA MILENA BURGOS HIDALGO
Jefe Oficina Jurídica
Contraloría Departamental de Nariño
San Juan de Pasto, Nariño

Ref.: Oficio CDN-1000-32-185 Rad. 2010-233-003322-2 de fecha 4 de junio de 2010

Apreciada Doctora Sandra Milena:

Doy respuesta atenta a su comunicación del asunto en los siguientes términos:

1. Síntesis de la Consulta

Eleva consulta a esta Oficina sobre la obligatoriedad de la rendición de cuentas de las Asociaciones de Usuarios de Servicios Públicos a la Contraloría Departamental, así:

> "(...)Fueron allegados a mi oficina solicitudes, suscritas por Administradores de Asociaciones de Usuarios de Servicios Públicos de varios municipios, en los que solicita información acerca de si deben o no rendir cuentas a la Contraloría Departamental teniendo en cuenta (sic) son entidades sin ánimo de lucro y que dentro de sus patrimonio no tienen acciones de entidades públicas, sin embargo si reciben subsidios de los servicios públicos de los respectivos municipios donde se encuentran ubicados... Ésta clase de Asociaciones con las características anotadas deben presentar y rendir cuentas a la Contraloría Departamental de Nariño?(...)".

2. Consideración Preliminar

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, éste ente de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos compete adelantar un control posterior y selectivo de su gestión fiscal. Por lo tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones

Julio 30/10

30 JUL 2010

particulares, individuales o concretas, que puedan llegar a ser objeto de vigilancia, razón por la cual, emitimos pronunciamientos de carácter general y abstracto.

Por otra parte, las opiniones de la Oficina Jurídica, son tan sólo orientaciones y puntos de vista que no comprometen la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución, en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Hechas estas consideraciones iniciales y con el fin de ofrecer una orientación sobre el asunto, hacemos las siguientes:

3. Consideraciones de la Oficina Jurídica

Es pertinente aclarar en primer lugar, que en desarrollo de los artículos 334, 336, 365 y siguientes de la Constitución Política de 1991, la Ley 142 de 1994[1], estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía, gas combustible, TPBC y TLM), a efectos de reglamentar estatutariamente el régimen jurídico de intervención del Estado para las empresas prestadoras, garantizando la calidad del servicio, la ampliación permanente de la cobertura, la prestación continua, eficiente e ininterrumpida del servicio, la libertad de competencia, la capacidad y derechos de los usuarios frente a los servicios prestados.

El Constituyente consideró pertinente establecer el régimen de regulación y control aplicable a los servicios públicos, con el fin de garantizar que dicha prestación materialice los cometidos señalados por la Constitución y la Ley, con miras a satisfacer las necesidades básicas de los asociados.

Conforme a éste postulado superior, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia T-540 de 1992[2], respecto de la teleología de la noción de servicio público, preceptuando lo siguiente:

> "(...) Los servicios públicos no pueden verse como una pesada carga que recae sobre el Estado burocrático sino como un logro conceptual y jurídico de los ciudadanos en su propio beneficio. La noción de servicio público expresa una transformación política que se traduce en la subordinación de los gobernantes a los gobernados. La relación individuo-Estado no es por tanto la de vasallo o súbdito y monarca sino la de ciudadano-servidores públicos.
> El contenido filosófico-político de la noción de servicio público trasciende las diversas posiciones ideológicas abstencionistas, intervencionistas o neoliberales. Dicho contenido refleja una conquista democrática que se traduce en una teoría del Estado cuyo cometido esencial es el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas de toda la población y el aseguramiento de un mínimo material para la existencia digna de la persona.
>
> Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los

1 Modificada parcialmente por la Ley 689 del 28 de agosto de 2001.
2 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

principios, derechos y deberes constitucionales (C.P. art. 2). El sentido y razón de ser de los poderes constituidos es el servicio a la comunidad, la satisfacción de sus necesidades y la protección de los derechos individuales de sus miembros.

Así las cosas, la importancia de los servicios públicos está dada por servir como instrumento de desarrollo, que posibilita la materialización de las finalidades del Estado Social de Derecho, en los siguientes términos:

"(...) El Estado Social y democrático de derecho tiene una concreción técnica en la noción de servicio público. El constituyente al acoger ésta forma de organización político-social elevó a deber constitucional del Estado suministrar prestaciones a la colectividad. La naturaleza social y democrática del Estado considera a cada ciudadano como un fin en sí mismo, en razón de su dignidad humana y su derecho a la realización personal dentro de un proyecto comunitario que propugna por la igualdad real de todos los miembros de la sociedad. Por lo tanto, la administración está sujeta a un concepto evolutivo de mayores prestaciones y mejores servicios al público, según las cambiantes necesidades y la complejidad del mundo moderno.

La idea del servicio público es el medio para avanzar rápidamente al Estado Social y democrático de derecho, en forma pacífica y sin traumas para los grupos de interés que detentan posiciones de ventaja respecto de los sectores mayoritarios de la sociedad con necesidades insatisfechas. La legitimidad del Estado depende del cumplimiento de sus deberes sociales y de la eficacia de la gestión pública. La población es sensible a la efectiva realización de los fines esenciales del Estado, en particular porque sobre ella pesa la carga del régimen impositivo. La corrupción y el fraude generalizados hacen que el ciudadano perciba la presencia del Estado como una carga insoportable y pueden conducir a su destrucción o al desmonte de las prestaciones sociales a su cargo. Por ellos los servicios públicos deben mantener un nivel de eficiencia aceptable para dar respuesta a las necesidades sociales, sin perjuicio del principio de solidaridad social (...)".

En éste mismo orden de ideas, en sentencia C-493 de 1997 se indicó:

"(...) Los servicios públicos domiciliarios tienen como finalidad satisfacer las necesidades esenciales de las personas. **De otro lado resaltó que la Constitución señala que la determinación de su régimen jurídico corresponde al legislador, pero en todo caso el Estado mantiene el control y vigilancia sobre la regulación (Art. 365 C.P.)** En cuanto a la relación de las empresas con los usuarios, la Corte anotó que la naturaleza de la **relación jurídica entre la empresa de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios no es sólo contractual sino también estatutaria, pues su prestación involucra derechos constitucionales y su reglamentación obedece a intereses públicos determinados y ello justifica la vigilancia del Estado (...)". Así, puede concluirse que el legislador tiene una amplia potestad en la regulación de los servicios públicos, pero que el Estado mantiene su supervisión en razón a la trascendencia de los intereses en juego (...)"**[3].Negrilla es nuestra.

Por su parte, la Ley 142 de 1994 en su artículo 14 incorpora las definiciones legales sobre la clasificación de empresas de servicios públicos, así:

[3] Sentencia C-690 del 27 de agosto de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES	EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA	EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA
Son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquellas o éstas tienen el 100% de los aportes.	Son aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.	Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse integralmente para éstos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

De lo anterior, se colige que la categorización de una empresa de servicios públicos, como mixta, deriva de la participación accionaria que tengan en ella personas jurídicas de derecho público, la Nación o las entidades territoriales. Así mismo, y según la Ley 142/94, dichas empresas se regirán por lo dispuesto en el Código de Comercio sobre sociedades anónimas. Sin embargo, es necesario entender que dicho régimen se entiende aplicable para efectos de la Constitución y ejecución de su objeto social, pero en ningún momento con relación a la satisfacción de las necesidades esenciales mediante la prestación del servicio, pues dicha prestación encuentra sustento axiológico en los fines esenciales del Estado Social de Derecho, que propugna el corpus constitucional.

Con respecto a las empresas de S.P.D. mixtas, el Consejo de Estado ha manifestado que las empresas señaladas por la Ley 489 de 1998, no deben entenderse como una enumeración taxativa, sino como una lista meramente enunciativa, por lo que las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas no se encuentran excluidas de la ley; al respecto expresó lo siguiente:

> "(...) Estima la Sala incorrecto decir que la Ley 489 solo dispuso que integran la rama ejecutiva del poder público las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, lo cual se ha deducido del hecho de que el artículo 38, literal d), señala que hacen parte de ella **d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios**. A *contrario sensu*, se ha dicho que la ley no incluyó a las empresas mixtas. (...)".

El máximo Tribunal de lo Contencioso administrativo, arguyó que éste entendimiento resulta equivocado, partiendo de dos premisas:

1. Las empresas mixtas de S.P.D. no se diferencian en su naturaleza, de las sociedades de economía mixta, y tan sólo hay entre ellas una relación de género a especie. Por lo cual debe entenderse que dichas empresas están incluidas en el literal f) del artículo 38, que establece como empresas que integran la rama ejecutiva *"f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta"*.

2. Éstas entidades también pertenecen a la estructura del Estado, integrando la rama ejecutiva, en concordancia con el artículo 38, literal g), que al tenor reza: *"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 que implica que

las empresas mixtas de S.P.D. requieren de autorización legal -ordenanza, acuerdo o actos equivalentes- para ser creadas[4].

En consecuencia, el origen de los recursos determina su carácter público o privado, independientemente de su constitución como entidad pública, lo cual aclara el ejercicio del control fiscal a ejercer a nivel nacional y territorial.

Por todo lo anterior, y recogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado, no se puede desconocer que las empresas mixtas hacen parte de la estructura del Estado, y por lo tanto son sujetos de control fiscal directo por parte de la Contraloría General de la República cuya potestad nace en la Constitución y la Ley. A *contrario sensu*, su desconocimiento resultaría riesgoso porque puede conducir a la inaplicación de las garantías constitucionales y legales consagradas para los usuarios receptores de la prestación de los servicios públicos.

Es pertinente recordar que las entidades sin ánimo de lucro son personas jurídicas, capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente, pueden estar constituidas bajo las modalidades de corporación, fundación o asociación y deben sujetarse a las disposiciones legales y a sus propios estatutos. Nacen por voluntad de los asociados en virtud del derecho constitucional de libre asociación (artículo 38), o por la libertad de disposición de los bienes de los particulares (artículo 26), para la realización de fines altruistas o de beneficio comunitario; de lo que se infiere que no contemplan dentro de su objeto principal el desarrollo de actividades mercantiles. La ausencia de lucro se constituye en una de sus características fundamentales, lo cual significa que no existe reparto de utilidades o remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos, ni es viable el reembolso de los bienes o dineros aportados a la entidad, es decir, que los rendimientos se destinan única y exclusivamente al desarrollo del objeto social, sirviendo de soporte para el desempeño de las funciones propias del Estado a fin de procurar la vida digna de sus asociados[5].

En términos de control fiscal, el constituyente de 1991, estableció que todos los fondos o recursos públicos manejados por entidades nacionales o territoriales y por particulares fueran objeto de control de su gestión. Así las cosas, el artículo 274 superior, estableció que sería la ley la que determinaría la manera de ejercer la vigilancia fiscal a nivel departamental, distrital y municipal.

Así las cosas, dicha vigilancia está dada por la verificación de la correcta instrumentalización de los recursos públicos en el ejercicio de las actividades, funciones de administración y prestación de servicios públicos por parte del Estado.

Con base en el origen y destino del patrimonio, se otorga la categorización de recursos públicos o privados, por lo cual las entidades, independientemente de su calificación se encuentran sujetas para el manejo del presupuesto a los principios contenidos en el

---

4 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Santa Fé de Bogotá, D.C., 2 de marzo de 2006. Radicación No. 11001-03-26-000-2005-00017-00 (29703). Citado en concepto 110-009-2007.

5 www.alcaldiabogota.gov.co. Consultado: 19 de abril de 2010.

ordenamiento superior y a las normas presupuestales que deben armonizarse con el Estatuto Orgánico del Presupuesto[6].

En concordancia con lo anterior, si bien es cierto éstas Asociaciones de usuarios de servicios públicos, tienen la categoría de entidades sin ánimo de lucro, cuyo patrimonio es privado, el hecho de recibir subsidios por concepto de los servicios públicos por parte de los entes municipales, no les otorga una categoría automática de entidad pública, pero su vigilancia superior, si está sometida a la intervención de los órganos de control de primer y segundo nivel, y subsiste la obligatoriedad frente a la rendición de cuentas.

El artículo 355 de la Carta Política, autoriza al Gobierno en cualquiera de sus niveles para la celebración de contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro en aras de promover el interés general, obedeciendo en estricto sentido los postulados constitucionales y legales; manteniendo la prohibición de entregar cualquier tipo de auxilio o donación a favor de las personas naturales o jurídicas de derecho privado[7].

Intentando materializar la promoción de las necesidades de los asociados, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 permite la asociación entre entidades públicas con el fin de generar cooperación para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado; adicionalmente, el artículo 96 de la misma Ley prevé la posibilidad de constituir asociaciones de entidades públicas con la participación de particulares para el cumplimiento de las tareas a ellas atribuidas.

Adicionalmente, el Decreto 777 de 1992[8], reglamenta la celebración de los contratos con entidades sin ánimo de lucro y en su artículo 11 se refiere a la naturaleza pública de los dineros transferidos a estas entidades.

Por todo lo anterior, al constituirse una asociación de entidades públicas y una entidad privada sin ánimo de lucro, recordemos que la naturaleza de los recursos que se manejan, a pesar de ser transferidos a una persona jurídica de derecho privado continua siendo pública, en estos casos la persona de derecho privado se encuentra en ejercicio de actividades públicas, por lo que la entidad estatal entrega bienes públicos, lo que significa que se trata del manejo de dineros o recursos públicos, reiterando la prohibición de decretar auxilios o donaciones a favor de las entidades privadas utilizando como pretexto la celebración de este tipo de convenios.

En éste orden de ideas, es evidente la necesidad de ejercitar el control fiscal en los ordenes nacional, distrital y municipal[9], en forma posterior y selectiva[10], al tenor del artículo 267 superior: *"El control fiscal es una función pública que ejercerá 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. (...)"* Negrilla es nuestra.

---

6 Artículo352 C.P./91 y Artículo 109 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.
7 Sentencia C-671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
8 Modificado por el Decreto 1403 de 1992.
9 Cfr. Artículo 14 Decreto 777 de 1992.
10 Sentencia C-623 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Con respecto a las entidades de orden distrital y municipal, el artículo 272 señala:

> "(...) La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva (...). Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268. (...)" .

Por su parte, el artículo 25 de la Ley 42 de 1993 establece la competencia para el ejercicio del control fiscal, es decir que si se trata de recursos de la Nación -fondos o dineros transferidos por la Nación-, le corresponderá la vigilancia a la Contraloría General de la República en el porcentaje correspondiente, mientras que respecto de los recursos propios de la entidades territoriales la competencia corresponde a la respectiva contraloría territorial -municipal, distrital o departamental-.

Por todo ello, en criterio de esta Oficina, los recursos desembolsados a una entidad sin ánimo de lucro en virtud de la celebración de un convenio con entidades estatales son de carácter público, de acuerdo a esto, las personas jurídicas sin ánimo de lucro son sujetos de control fiscal cuando manejen o administren fondos o bienes públicos, conforme a lo señalado por la Constitución Política y la Ley sobre la materia.

Cordialmente,

MARIANA GUTIÉRREZ DUEÑAS
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: María José Hernández Burbano
Abogada Oficina Jurídica