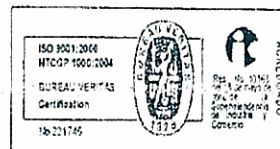


OJ. 110-043.2010

DRA VILMA.
transferido a la Jurisdicción de
AGR

Sept 6 / 2010



150 - - 2853

Ibagué, 02 SEP 2010

Doctor
JAIME PARRA SÁNCHEZ
Gerente Seccional VI
Auditoría General de la República
Neiva

AUDITORÍA GENERAL
Fecha 03/09/2010 10:58:26
Asunto : recorte de prensa archivo proceso disciplinario contra alcal
Destino : Seccional VI Neiva / Rem (OEM) CONTRALORIA MUNICIPAL DE
www.ortecopl.org - Sistema de Gestión
Rad No 2010-218-005319-2
Us Rad. JAMEZQUITA
proceso disciplinario contra alcal

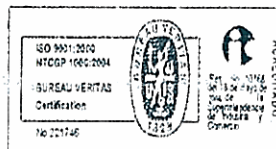
Asunto: Consulta

Respetado Doctor Parra:

Teniendo en cuenta el informe publicado el pasado 25 de agosto, en el diario EL NUEVO DÍA de la ciudad de Ibagué, y el archivo de las investigaciones frente a la constitución de una nueva empresa prestadora del servicio de aseo para esta ciudad, muy comedidamente me permito remitir para su valoración impresión del reportaje del mencionado diario local y copia de la Escritura No. 101 de 2009 mediante la cual se constituye sociedad anónima empresa de servicios públicos en Ibagué - IBAGUÉ LIMPIA, con el propósito de que nos oriente en los siguientes aspectos:

1. Según el reportaje, la Procuraduría decidió compulsar copias a la Contraloría General de la República, por presunta irregularidad de tipo fiscal. Si se observa la escritura de constitución de la sociedad el capital de la misma es mayoritariamente privado, de allí nuestro primer interrogante: La Contraloría Municipal de Ibagué tiene competencia para incluir como sujeto de control a la Empresa Ibagué Limpia en consideración al capital estatal que se maneja allí?
2. Es posible iniciar una Auditoría Especial a la constitución y manejo presupuestal de la Empresa en mención, y hasta dónde llegaría nuestra

44 0374 43355 C0



competencia para ello?, qué aspectos y/o áreas de la empresa podemos auditar y bajo qué soporte?


Quedamos atentos a la colaboración y orientación que la Auditoría nos brinde frente al tema planteado para iniciar, de ser procedente, las gestiones tendientes a la programación y planeación de la Auditoría especial mencionada.

Cordialmente,


JOSE ROBERTO VÁSQUEZ
 Director Técnico de Control Fiscal Integral

Anexo 18 folios

Con copia a la Auditoría General de la República – Bogotá D.C.

Proyectó: Diana Yaritza Cubillos Ramírez,
 Jefe Oficina Asesora Jurídica 

DE USUARIOS
por su consentimiento y
fueron respectivos

Sept 6 / 2010

Procuraduría archiva investigación contra el Alcalde por caso Ibagué Limpia, pero compulsa copias del proceso a Contraloría

MIÉRCOLES 25 DE AGOSTO DE 2010 10:59

Valoración de los usuarios: 00000 / 2

Pobre El mejor **Valoración**



La Procuraduría General de la Nación resolvió archivar el proceso disciplinario que llevaba contra el alcalde Jesús María Botero por la conformación de la empresa de aseo Ibagué Limpia, al encontrar que se ajustó a la norma la convocatoria mediante la cual se asoció con Interaseo S.A, pero al mismo tiempo decidió compulsar copias del asunto a la Contraloría General de la República, al existir "una presunta irregularidad de carácter fiscal".

Según la providencia, el dictamen de un experto de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales dejaba entrever inconsistencias "relacionadas con los ingresos que recibía el Municipio con la ejecución del contrato 042 del

2000 (el de operación de basuras anterior hoy terminado), comparados con los ingresos que obtiene por la participación accionaria en Ibagué Limpia".

Se habían escuchado especulaciones al respecto del contenido del fallo desde el lunes, en medios radiales locales, pero EL NUEVO DÍA conoció que la decisión fue notificada a las partes en la tarde de ayer. Espere ampliación de la noticia.

Comentarios

AUDITORÍA GENERAL



Fecha 03/09/2010 10:58:28
Asunto : recorte de prensa archivo proceso disciplinario contra alcal
Destino : Seccional VI Neiva / Rem (OEM) CONTRALORIA MUNICIPAL DE
www.orteogpl.org - Sistema de Gestión



Radicado No: 20102180035273

Fecha: 06-09-2010

Neiva,
218

Para: Doctora **MARIANA GUTIÉRREZ DUEÑAS**
Directora Oficina Jurídica

De: **JAIME PARRA SÁNCHEZ**
Gerente Seccional VI

Asunto: Remisión Consulta Contraloría Municipal de Ibagué

Cordial saludo doctora Mariana:

Comedidamente me permito remitirle el Oficio 150-2853 del 2 de septiembre de 2010 en el cual la Contraloría Municipal de Ibagué realiza una consulta relacionada con su competencia para incluir como sujeto de control a la EMPRESA PRESTADORA DEL SERVICIO PUBLICO DE ASEO DE IBAGUÉ S.A. E.S.P. – IBAGUÉ LIMPIA S.A. E.S.P., sociedad comercial anónima constituida mediante escritura pública 0101 del 26 de enero de 2009, otorgada por Municipio de Ibagué, Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P. -IBAL E.S.P., Unidad de Salud de Ibagué Empresa Social del Estado – U.S.I. E.S.E., Hospital San Francisco Empresa Social del Estado, Banco Inmobiliario – Gestora Urbana de Ibagué Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal – Gestora Urbana de Ibagué, Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Ibagué - INFIBAGUÉ e INTERASEO S.A. E.S.P., con capital autorizado, suscrito y pagado de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000), representado en 100 acciones de un valor nominal de Un Millón de Pesos (\$1.000.000) cada una.

La Contraloría realiza la consulta a raíz de un informe publicado el 25 de agosto de 2010 en el diario EL NUEVO DÍA, en el cual se informa que la Procuraduría General de la Nación archivó el proceso disciplinario por la conformación de la empresa de aseo IBAGUÉ LIMPIA y trasladó copia del expediente a la Contraloría General de la República por considerar que existe una presunta irregularidad de carácter fiscal.

En la fecha mediante Oficio radicado 20102180049281 informamos a la Contraloría sobre el envío de la consulta a la Oficina Jurídica del nivel central. Le agradezco remitir copia de la respuesta a esta Gerencia Seccional y a la Auditoría Delegada.

JAIME PARRA SÁNCHEZ

Anexo/ 20 folios
C.C. Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal
Proyectó: Vilma Ramírez – Gerencia VI
Revisó: Jaime Parra – Gerencia VI

8 SEP 2010

JANIS
9 sept 10
10:00am



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20101100057021

Fecha: 08-10-2010

Bogotá, D. C.

OJ.110.043.2010

Doctor
JOSÉ ROBERTO VÁSQUEZ
Director Técnico de Control Fiscal Integral
Contraloría Municipal de Ibagué
Calle 9 N° 2-59
Ibagué, Tolima.

Devolver Copia Firmada

Referencia: Rad. No. 2010-218-005319-2

Consulta sobre competencia para incluir a la Empresa Ibagué Limpia como sujeto de control.

Respetado doctor Vásquez:

En atención a la comunicación de la referencia damos respuesta a su consulta en los siguientes términos:

1. Síntesis de la consulta:

Estudiando su comunicación se encuentra que indaga acerca de los siguientes asuntos:

1 "¿La Contraloría Municipal de Ibagué tiene competencia para incluir como sujeto de control a la Empresa Ibagué Limpia en consideración al capital estatal que se maneja allí?"

2 "¿Es posible iniciar una Auditoría Especial a la constitución y manejo presupuestal de la empresa en mención, y hasta dónde llegaría nuestra competencia para ello? ¿Qué aspectos y/o áreas de la empresa podemos auditar y bajo qué soporte?"

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

3. Consideraciones Jurídicas.

Para resolver si las contralorías territoriales son competentes para ejercer control fiscal sobre las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios debemos comenzar por dilucidar cuál es el criterio general que en nuestro sistema legal guía la repartición de competencias en lo que se refiere a control fiscal. El primer asunto a esclarecer será, pues, el de quiénes son los sujetos de control en Colombia.

Según la Constitución Política de 1991, la regla general para determinar si se es o no sujeto de control fiscal en Colombia se relaciona con que directa o indirectamente se manejen o administren ingresos públicos. Así se infiere de la interpretación conjunta de los artículos 119 y 267 de la Carta. Este último manifiesta:

“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”.

Es éste, pues, el criterio básico de competencia que estableciera el constituyente colombiano, y que reafirma la Ley 42 de 1993, aplicable por la Contraloría General tanto como por las territoriales.

A este criterio poco interesa la naturaleza jurídica de la entidad que maneje los bienes, siempre que éstos sean públicos y la gestión fiscal se relacione con el interés público o con la prestación de un servicio de esta calidad.

Resulta evidente entonces —con base en el marco normativo trazado por la Constitución, las leyes y la jurisprudencia de la corte Constitucional— que en el sistema de control fiscal colombiano ningún ente que directa o indirectamente maneje o administre ingresos públicos, está exento de control fiscal.

Quiz

De lo manifestado se colige que, tratándose de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios —que se definen como sociedades por acciones que tienen por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias¹, y que según el grado de participación pública o privada en su capital pueden ser oficiales, mixtas y privadas— el factor determinante para que sean susceptibles o no de control fiscal será la participación de recursos públicos en su composición accionaria.

El criterio general constitucional esbozado hasta ahora debe, no obstante lo dicho, condicionarse a una serie de premisas delineadas por la misma Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, premisas que se basan en el deber estatal, establecido en el artículo 334 de la Carta Magna, de intervención en los servicios públicos, acorde con la naturaleza *sui generis* de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, que fueron una innovación introducida por el constituyente del 91 dentro de la estructura orgánico- administrativa del Estado.

Podemos sintetizar estos postulados así:

1. En virtud del principio de proporcionalidad y racionalidad, cuanto mayor participación estatal haya en una ESPD, con más intensidad se debe ejercer el control fiscal sobre aquélla. En la práctica esto se traduce en que las acciones de control fiscal únicamente tengan efecto con respecto al aporte estatal, sin que tal control afecte el aporte privado, de existir éste. Este principio concuerda y complementa los mandatos constitucionales que garantizan el derecho a la propiedad privada y los derechos adquiridos.
2. El control fiscal a las ESPD requiere la implementación por parte de las entidades estatales competentes de procedimientos y metodologías especiales, dada la naturaleza empresarial de estos entes, con criterios propios de control y responsabilidad de las empresas, similares a los propios de los ámbitos del derecho comercial y del derecho privado. En tal sentido debe enfatizar en la evaluación de la gestión y resultados en cuanto a la rentabilidad de los recursos estatales participantes en el capital accionario de la empresa.²
3. Pese a que, según lo dicho, al adelantar control fiscal sobre las ESPD no se le puede dar el mismo tratamiento a los recursos públicos y privados en el capital de éstas, los particulares que asuman la prestación de servicios públicos estarán sujetos a los controles y las responsabilidades propias del desempeño de las

¹ Ley 142 de 1994, artículo 17.

² En la sentencia C – 066 de 11 de febrero de 1997, la Corte Constitucional precisó que es constitucional el régimen de derecho privado de las ESPD, así como que es perfectamente viable que tales empresas estén sometidas al control fiscal por parte de las contralorías.

actividades propias del interés público. Este es el tenor de la sentencia C – 1191 de 2000 de la Corte Constitucional.

4. El ejercicio del control fiscal sobre las ESPD no puede vulnerar injustificadamente la reserva comercial, elevada al rango de derecho constitucional por el artículo 74 de la Carta de Derechos. Así, debe respetarse la confidencialidad de los libros, papeles y documentos por los empleados públicos que ejerzan control fiscal sobre las ESPD, a riesgo de que el uso inadecuado de información comercial privada que revele las estrategias comerciales de las empresas pueda causar graves perjuicios económicos a éstas. En este marco, es recomendable que el funcionario vigilante actúe con prudencia y confidencialidad.

Por otra parte, y como quiera que en el asunto consultado se formula la posibilidad de control fiscal sobre una EPSD cuya composición accionaria está conformada parcialmente con recursos públicos, es decir, de capital mixto, debe precisarse que la aplicación de las leyes 42 de 1993, artículo 21³, y 689 de 2001, artículo 5⁴, facultan a los entes de control fiscal para ejercer vigilancia sobre la gestión fiscal de aquéllas, la cual ha de incluir los campos financiero, de gestión y de resultados. A favor de esta tesis se manifestó el Alto Tribunal constitucional, en sentencia C-167 del 20 de abril de 1995:

“(…) el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la nación, según así quedó determinado por el constituyente…”

Bajo estas premisas, nos corresponde analizar el nivel de competencia del control fiscal sobre la gestión de las Empresas Públicas de Servicios Públicos Domiciliarios por los agentes a su cargo.

En primer lugar, el artículo 272 de la Constitución Política de Colombia asignó a las Asambleas Departamentales y a los Consejos Municipales y Distritales, según el caso, la facultad de organizar sus contralorías. Les fijó también un marco de

³ “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 establecidos en el artículo 8º, de la presente Ley. Los resultados obtenidos tendrán efecto únicamente en lo referente al aporte estatal (…)”

⁴ “El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. (…)

“Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios”.

25

CMA

competencia, señalando que en su jurisdicción ejercerían las mismas funciones que el Contralor General ejerce a nivel nacional⁵.

Sin desmedro de lo anterior, la Constitución ha establecido una división sectorial del control fiscal, que tiene como base a las contralorías territoriales —por ser éstas de obligatoria existencia en los departamentos— y a las que se aplica una cláusula general de competencia, según la cual están facultadas para ejercer la vigilancia de los recursos de las entidades territoriales dentro de su circunscripción, que se extiende hasta donde comienza la de las contralorías municipales o distritales.

Esta distribución de competencias fiscales no es otra cosa que la expresión del principio de legalidad, e interpreta la recta organización estatal con miras al cumplimiento cabal de la Función Pública, que persigue, entre otras cosas, que las autoridades estatales no ejerzan funciones por fuera de las que le atribuyan la Constitución, la ley y el reglamento.

Así, se entiende por qué el artículo 272 de la Constitución Política de Colombia dispone que “la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas”.

Y que en el inciso sexto del mismo artículo se exprese:

“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 (...)”.

Como conclusión que completa el silogismo, se tiene que, de manera análoga a la facultad que tiene el Contralor General de la República para ejercer control fiscal sobre la gestión de la administración y las entidades o particulares que manejen fondos de la Nación (artículo 267, inc. 1°), los contralores territoriales tienen la potestad de hacerlo sobre la gestión fiscal de la administración, y la de los particulares que manejen fondos o bienes que pertenezcan a la respectiva entidad territorial, llámese departamento, municipio o distrito, fin que alcanzarán prescribiendo los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la respectiva entidad territorial, según aplicación del artículo 268, autorizada, como se dijo, por el inciso 6° del artículo 272 de la Carta.

⁵ Las leyes 42 de 1993 y 136 de 1994 cimentaron el marco de competencias que ejercen las contralorías territoriales. La primera, precisando los sujetos del control fiscal en el orden territorial y fijando las reglas del control fiscal para el nivel territorial; la segunda definiendo los mecanismos de creación y las competencias de las contralorías municipales y distritales. Actualmente es la Ley 617 de 2000 la que regula la aplicación de estas normas, en cuanto se refieren al ámbito de competencias de las contralorías territoriales.

Cum

En este orden de ideas, el control fiscal sobre la gestión de los órganos administrativos, entidades y particulares que manejen fondos o bienes de la entidad territorial **corresponderá a sus respectivas contralorías cuando los recursos sean propios**.⁶ A contrario sensu, por regla general estarán excluidos de control fiscal por parte de las contralorías territoriales aquellos recursos transferidos por la Nación a las entidades territoriales, es decir, los que provengan del Sistema General de Participaciones, antiguo Situado Fiscal.

En este último caso, la Corte Constitucional, basándose en el mandato del artículo 267 de la Constitución Política, ha señalado las reglas para establecer el control fiscal sobre los recursos, que se pueden sintetizar así: Cuando los recursos provienen de la Nación será la Contraloría General de la República la primera entidad llamada al ejercicio de su vigilancia y control con criterio de prevalencia. De esta manera ha llenado el vacío dejado por la Ley 60 de 1993, que no obstante indicar que en el control intervenían tanto la Contraloría General de la República como la territorial, omitió establecer el modo de cumplir tal cometido⁷.

Específicamente, la sentencia C- 403 de 1999 precisó que el control sobre las transferencias era concurrente y coordinado, queriendo significar que en él participan tanto la CGR como las contralorías territoriales. El Decreto 267 de 2000 hizo eco de esta providencia indicando que el control de los recursos transferidos estaría prevalentemente a cargo de la CGR, la cual lo llevaría a cabo en coordinación con las contralorías territoriales. A su vez, el artículo 89 de la Ley 715 de 2001 reafirmó el criterio de concurrencia y coordinación para el ejercicio del control fiscal sobre recursos transferidos a los entes territoriales.

De manera que el control fiscal en el caso sometido a consulta lo ejercerá prevalentemente la Contraloría General de la República y, en la medida en que los recursos oficiales concurrentes en el capital social por parte de cualquiera de las entidades asociadas provenga de recursos propios, también podrá

⁶ "Los recursos propios están constituidos por las rentas que provienen de la explotación de bienes que son de propiedad exclusiva y aquellos que se generan por el recaudo de impuestos, tasas y contribuciones denominados genéricamente de financiación": Iván Darío Gómez Lee. Control fiscal y seguridad jurídica gubernamental, Universidad Externado de Colombia, 2006, p.193.

⁷ En su artículo 18 esta ley establece: " El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento y el calendario para la distribución del situado fiscal entre las entidades territoriales determinando las funciones que le competen a cada una de sus dependencias, evaluará periódicamente su conveniencia e introducirá los ajustes que estime necesarios, considerando las siguientes reglas mínimas:

(...)

5. El situado fiscal asignado a cada entidad territorial se incorporará a los presupuestos de las entidades territoriales y el ejercicio del control fiscal sobre dichos recursos corresponderá a las autoridades territoriales competentes, incluyendo la Contraloría General de la República de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y la ley 42 de 1993. Igualmente, se garantizará la participación ciudadana en el control sobre los recursos en los términos que señale la ley".

coordinadamente con la Contraloría General de la República, intervenir la Contraloría Territorial de la jurisdicción.

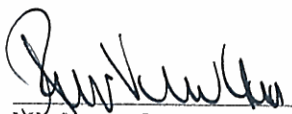
En lo que se refiere a la cuestión de la posibilidad de iniciar auditoría especial sobre la constitución y manejo presupuestal de una ESPD, debemos anotar que el artículo 9° de la Ley 42 de 1993 faculta a los entes de control fiscal para aplicar sistemas de control tales como el de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno; cualquiera de estos sistemas es válido para el propósito de la evaluación de actividades, programas, áreas o procesos puntuales y focalizados, estados contables, proyectos o recursos de destinación especial de importancia significativa y planes de mejoramiento y seguimiento de las funciones de advertencia, que en conjunto constituyen la auditoría especial.

3. Conclusiones.-

Las contralorías territoriales pueden ejercer vigilancia fiscal sobre las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, siempre y cuando haya presencia de recursos estatales propios en su capital; en caso contrario, será la Contraloría General de la República la que ejerza el control.

En el segundo caso, la vigilancia así ejercida por el máximo órgano del control fiscal será prevalente y, en la medida en que los aportes oficiales dentro del capital social de cualquiera de las entidades sujetas a control provengan también de recursos propios de la entidad territorial, podrá intervenir la contraloría territorial de la jurisdicción respectiva, en coordinación con la Contraloría General de la República.

Cordialmente,



Viviana Castañeda Aya
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Rafael A. Villalobos Posso

C.C. Dr. Fredy Céspedes Villa. Auditor Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal.
Dr. Jaime Parra Sánchez. Gerente Seccional VI