Se dio respuesta y archivo

RIOAT12524

AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
Rad No 2010-233-002096-2
Fecha 20/04/2010 16:07:26 Us Rad. ACLOPATOFSKY
Asunto : CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTAS Y
Destino : / Rem CIU RIO ASEO TOTAL
www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

ICONTEC CERTIFICADO ISO 9001 ificado No. Sc1452 - 1

Rionegro, 14 de abril de 2010

Doctor
IVÁN DARIO GÓMEZ LEE
Auditor General de la República
Bogotá, D.C.

DJ.110.050.2010

ASUNTO: CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTAS Y PRIVADAS. CONTRALORIA GENERAL DE ANTIOQUIA.- Alcance

ICONTEC CERTIFICADO ISO 14001 Certificado No. SA 172 - 1

Respetado Dr. Gómez Lee:

Mediante la presente en mi calidad de Gerente de la Empresa Privada de Servicios Públicos Domiciliarios RIOASEO TOTAL S.A. E.S.P.[1], NIT. 811007125-6, operadora del servicio público domiciliario de aseo en el Municipio de Rionegro – Antioquia; de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 272 de 2000 *"Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República"*. Solicito respetuosamente a la Auditoria General de la República (en adelante también AGR) impartir instrucciones u orientaciones a la Contraloría General de Antioquia (en adelante también CGA), respecto a como procede y cual es la intensidad o alcance del control fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de naturaleza Privada con participación minoritaria del Estado, toda vez que la CGA, tiene implementado un modelo de control fiscal para las ESP's, que desborda el ámbito o alcance que para estos efectos establece el marco legal vigente sobre la materia.

La problemática se origina cuando la CGA pretende darle a las Empresas Privadas de Servicios Públicos Domiciliarios con participación estatal, el mismo tratamiento que se da a los municipios en cuanto al alcance del control fiscal, desconociendo lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 y lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-290 de 2002, según la cual el control fiscal "*se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista*"

LIDER PROGRESA AÑO 2009 - 2010 PROGRAMA DE LIDERAZGO AMBIENTAL REGIONAL PARA LA EMPRESA SOSTENIBLE C O R A N T I O Q U I A Autoridad Ambiental del Oriente Antioqueño

[1] Se debe anotar que la participación de capital público en RIO ASEO TOTAL S.A. E.S.P. es del cuarenta por ciento (40%), perteneciendo el sesenta por ciento (60%) restante a inversionistas privados.

Rafael. 2

AUDITORÍA
GENERAL DE LA REPÚBLICA

Memorando Interno

AUDITORÍA GENERAL

Memorando No 2010-210-003744-3
Fecha 20/09/2010 11:46:12 Us Rad. ACLOPATOFSKY
Asunto : Requerimiento RIOASEO TOTAL S.A. E.S.P
Destino :Auditoria delegada para la Vigilanc / Rem - -
www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

Bogotá D. C.,

210

Para: Doctora **VIVIANA CASTAÑEDA AYA.**
Directora Oficina Jurídica.

De: Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal. (E)

Asunto: Radicado 2010-233-002096-2.

Con toda atención remito la comunicación de la referencia, para que a través de la Dirección a su cargo, la Auditoría General de la República emita un pronunciamiento para la Empresa Privada de Servicios Públicos Domiciliarios RIOASEO TOTAL S.A. E.S.P., teniendo en cuenta la respuesta presentada por la Contraloría General de Antioquia, entidad de control fiscal competente para ejercer la vigilancia fiscal sobre la citad empresa y que para el efecto se anexa.

Cordial saludo,

CARLOS AUGUSTO CABRERA SAAVEDRA

Anexos: 27 folios

Proyectó: Genith Carlosama Mora.
Revisó: Carlos Augusto castro Saavedra

21 SET. 2010

Recib' 22-09-10

Sept. 21/10

¡Fortaleza del control fiscal!

3

AUDITORÍA
CONTRALORÍA DE LA REPÚBLICA

Memorando Interno

Radicado No: 20101100043863
Fecha: *28-10-2010*

Bogotá D. C.,
110 - 050 - 2010

Para: Doctor FREDY CÉSPEDES VILLA
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal.

De: VIVIANA CASTAÑEDA AYA
Directora Oficina Jurídica.

Asunto: Rad. No. 2010-210-003744-3. Consulta sobre control fiscal a Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

Respetado Doctor Céspedes Villa:

Anexo a la presente me permito remitir original en medio físico de la consulta dirigida a esta Entidad por parte del gerente general de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios RIOASEO TOTAL E.S.P., que su despacho había enviado a esta oficina mediante memorando No. 2010-210-003744-3.

Sobre el asunto formulado en consulta nos permitimos manifestar que esta Oficina, después de estudiar la cuestión, ratifica su criterio en lo que respecta al la vigilancia fiscal sobre las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios en concepto dirigido a su Despacho, el cual se adjunta.

Considerando que la Oficina Jurídica carece de competencia para impartir instrucciones a las contralorías ni a las EPSD, reenviamos a usted la consulta mencionada para lo de su competencia, y dejamos a su consideración el dar las instrucciones solicitadas por el peticionario.

05 Nov 10 10:20 am

1) Síntesis de la consulta.-

Mediante escrito dirigido al Auditor General de la República el gerente general de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios RIOASEO TOTAL S.A. E.S.P.,

Nov. 3/10

Fortalezas del control fiscal

02 NOV 2010

solicita "impartir instrucciones u orientaciones a la Contraloría General de Antioquia (...) respecto a cómo procede y cuál es la intensidad o alcance del control fiscal en la Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de naturaleza privada con participación minoritaria del Estado, toda vez que la CGA, tiene implementado un modelo de control fiscal para la ESP's, que desborda el ámbito o alcance que para estos efectos establece el marco legal vigente sobre la materia".

2) Consideraciones de la Oficina Jurídica.-

Dado que la consulta de la referencia gira en torno a la competencia, intensidad y alcance del control fiscal estatal sobre las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios con participación del Estado, 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".

Con lo cual el constituyente colombiano sentó el criterio básico de competencia, aplicable tanto por la Contraloría General tanto como por las territoriales, criterio en el cual el Máximo Tribunal de los constitucional ha fundado sus pronunciamientos relativos al particular, tal el caso de la sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003, en la cual, con ponencia del magistrado Alfredo Beltrán Sierra, indicó:

> "Tal como lo establece la Constitución y la ley 42 de 1993, el control fiscal se ejerce sobre los dineros públicos; por tanto, para que el mismo sea procedente se requiere que los bienes, fondos o valores comporten ese carácter, sin que para nada se tenga como requisito que la entidad sea pública. Dicho en otras palabras, **la función fiscalizadora se realiza sobre el erario público, el cual puede estar administrado por servidores públicos o particulares,** nótese que en nada influye la naturaleza jurídica de la entidad que los maneje, así entonces tenemos que la facultad conferida al contralor general de la república y a los contralores en sus

respectivos órdenes se efectúa sobre la gestión fiscal de la administración, la cual puede estar referida a un interés público o a la prestación de un servicio público"(resaltado fuera del texto original).

Ergo, en el sistema de control fiscal colombiano ningún ente que directa o indirectamente maneje o administre ingresos públicos estará exento de control y vigilancia por parte de los Entes a quienes la Constitución y las leyes hayan deferido tales funciones. Sin que a este criterio interese 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.

De lo manifestado hasta aquí se colige que, tratándose de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios —que se definen en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994 como sociedades por acciones que tienen por objeto la prestación de servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias, y que según el grado de participación pública o privada en su capital pueden ser oficiales, mixtas y privadas— el factor determinante para que éstas sean susceptibles o no de control fiscal será la participación de recursos públicos en su composición accionaria.

El criterio general constitucional esbozado hasta este punto debe, empero lo manifestado, condicionarse a una serie de premisas prefiguradas por la misma Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, premisas que se sustentan 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 EPSD, 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. Esto obedece al amparo constitucional a los derechos adquiridos y la propiedad privada. 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. [1]

3. Al igual que sucede en materia penal y disciplinaria, en el marco del proceso de responsabilidad fiscal —en beneficio de los funcionarios de las ESPD que resultaran encausados— debe darse forzosa aplicación a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos los de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva - *nulla poena sine culpa* -, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del *non bis in ídem* y de la analogía en *malam partem*, entre otras.

Por otra parte, y como quiera que el asunto consultado gravita sobre los alcances del 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 21[2], y 689 de 2001, artículo 5[3], 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..."

---

[1] 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.

[2] "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 8°, de la presente Ley.

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

[3] "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".

La Ley 42 de 1993, que regla buena parte del control fiscal financiero en Colombia, precisa la connotación de la posterioridad y selectividad del control fiscal ordenada por el artículo 267 de la constitución Política, y acto seguido estatuye que "Para el ejercicio del control posterior y selectivo las contralorías podrán realizar **las diligencias que consideren pertinentes**". (Negrilla fuera del texto original), previsión que encuentra respaldo en la disposición del artículo 7° de la ley citada cuando establece que la vigilancia de la gestión fiscal que adelantan los organismos de control es autónoma y se ejerce de manera independiente sobre cualquier otra forma de inspección y vigilancia administrativa.

Por su parte el artículo 9° 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. En tal sentido cualquiera de estos sistemas resulta válido y contribuye al 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 una auditoría especial.

Jurisprudencialmente, distintos fallos de la Corte Constitucional brindan precisiones con respecto a los límites del control fiscal a Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios:

Bien es cierto que la sentencia C-290 de 2002 estableció que 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 y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios, pero el mismo fallo establece los parámetro del control cuando aclara: "... bajo el entendido que para ejercer el control fiscal las contralorías **tienen amplias facultades para examinar la documentación referente a los aportes, actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o socio o respecto de los bienes de propiedad estatal.** " (Negrillas nuestras).

Por su parte, la sentencia C-1191 de 2000 delinea la integralidad del control fiscal sobre las EPSD:

> Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al

control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

(...)

Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, 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 el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que **si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas**.

Para la Corte no es viable establecer legalmente restricciones al ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, a riesgo de impedir la verificación de un control fiscal integral sobre entes que prestan servicios que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

3) Conclusiones.-

Las contralorías territoriales pueden ejercer vigilancia fiscal sobre la Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, siempre y cuando haya presencia de recursos estatales, sin consideración a que la cuantía de éstos dentro del capital de la entidad sea minoritaria.

En todo caso, el control así ejercido, tendrá en cuenta los principios de proporcionalidad y racionalidad, y en lo posible implementará procedimientos y metodologías especiales, acordes a la naturaleza empresarial de los estos así constituidos, aplicando con criterios propios de control y responsabilidad de las empresas, similares a los propios de los ámbitos del derecho comercial y del derecho privado, sin perjuicio del interés público, que prevalece sobre el privado.

Asimismo, el control deberá aplicar los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos los de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva - *nulla poena sine culpa* -, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba,

el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del *non bis in ídem* y de la analogía en *malam partem*, entre otras.

Cordialmente,

Viviana Castañeda Aya
Directora Oficina Jurídica

Anexos: Consulta de la referencia, con todos sus anexos.

Proyectó: Rafael A. Villalobos Posso