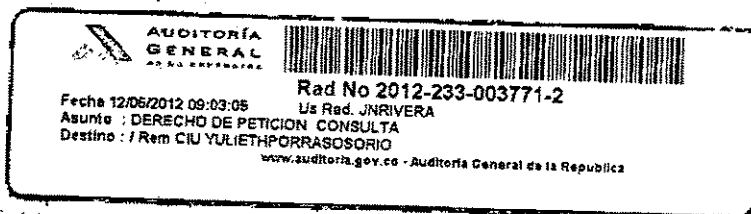


RAPPEL VANCE
13/06/2012
SOLICITAR APOYO A DEFENIDA
Y UN COMPROMISO ANTERIOR

Pereira, junio 8 de 2012



scribo
el
tema

Señores
AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Cra. 10 No. 17-18 Piso 9 Edificio Colseguros
Bogotá D.C.

Asunto: derecho de petición, consulta.

Dado que corresponde a la AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA "Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de los organismos de control fiscal, conforme a los procedimientos, sistemas y principios establecidos en la Constitución, para lo cual el Auditor General fijará las políticas, prescribirá los métodos y la forma de rendir cuentas y determinará los criterios que deberán aplicarse para la evaluación financiera, de gestión y de resultados, entre otros de conformidad con lo que para el efecto dispone el decreto 272 de 2000."

Me dirijo a ustedes, haciendo uso del derecho de petición en interés general, establecido en el artículo 23 de la constitución nacional con el fin de realizar la siguiente consulta;

Conforme al artículo 50 de la ley 142 de 1994 "El control fiscal 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. Mediante acto administrativo motivado, expedido con sujeción estricta a los alcances que concede el presente artículo y la ley de control fiscal, en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios o accionistas sea de los que están sujetos a su control".

A nivel nacional y municipal se ha encontrado que tanto las Contralorías Municipales como la Contraloría General de la Republica han ejercido control fiscal sobre las empresas de servicios públicos mixtas sin limitar su competencia al alcance señalado en el artículo 50 de la ley 142 de 1994. Artículo que fue declarado constitucional por la Corte Constitucional quien en sentencia C-290 de 2002 expreso "Para ejercer el control fiscal en las empresas de servicios públicos con carácter mixto y privado, la restricción que pueda en principio imponer el legislador

112 JUN 2012

2

no puede llegar hasta el punto de canalizar dicho control sólo en relación con la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o 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, necesaria y sin limitación alguna, sobre toda la documentación que soporte dichos actos y contratos."

Dado lo anterior y con el fin de concertar el alcance del ejercicio de la función de control fiscal que tiene tanto la Contraloría General de la República como las Contralorías Municipales, sobre las empresas de servicios públicos de carácter mixto y privado surgen los siguientes interrogantes:

1. Dado que la Corte Constitucional tan solo amplió el alcance de los documentos a los que puede tener acceso las Contralorías en ejercicio del control fiscal sobre las empresas de servicios públicos mixtas y privados tanto a los contratos celebrados por el accionista o socio estatal como a la documentación que soporte dichos actos y contratos. ¿Se debe entender que estos entes de control fiscal deben limitar el alcance de su función de control sobre las empresas de servicios públicos mixta o privada solo sobre los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal?
2. ¿Que se debe entender por actos o contratos celebrados por el accionista o socio estatal en las empresas de servicios públicos y documentos que soporten dichos actos o contratos?
3. Dentro del alcance del control fiscal otorgado a Contraloría sobre las empresas de servicios públicos mixtas y privadas, está incluido el seguimiento o auditoría al proceso de contratación de estas entidades, sin importar que el régimen de contratación conforme al artículo de la ley 142 de 199 es el privado; en caso afirmativo que procedimiento o guía de auditoría debe seguir este ente de control, teniendo en cuenta que los procedimientos que tiene actualmente concebido están enfocados todos al régimen de contratación de las entidades públicas, (ley 80 de 1993)
4. ¿Los actos preparatorios al proceso de auditoría adelantado por las Contralorías, gozan de reserva legal?

Notificaciones

Recibiré notificaciones en la carrera 10 N° 7-75 piso 4, Edificio Torre Central, o el correo electrónico Yulio1@hotmail.com

Atentamente


YULIETH PORRAS OSORIO

c.c. 42.140.822



Radicado No: 20121100022243

Fecha: 25-06-2012

PARA: REYNALDO RÍOS PÉREZ
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal

DE: LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA
Directora Oficina Jurídica

ASUNTO: Solicitud de apoyo para emitir concepto.

De manera atenta me permito solicitar su apoyo a la oficina jurídica con el fin de emitir pronunciamiento de fondo para dar respuesta a consulta instaurada por la señora Yulieth Porras Osorio, relacionada con distintos aspectos del control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal.

Para este propósito me permito adjuntar copia de la solicitud mencionada.

Cordialmente,



LUZ ADRIANA VIVAS GARCÍA
Directora Oficina Jurídica

Proyecto: Ravp

Anexos: lo anunciado en dos (2) folios



Radicado No: 20121100039431

25 JUL. 2012

Fecha: 23-07-2012

Bogotá, D.C;
110 - 043 - 2012

4400015018292006139

Señora
YULIETH PORRAS OSORIO
Carrera 10ª No. 7-75 piso 4.
Edificio Torre Central
Pereira, Risaralda

Asunto: Consulta sobre control fiscal a empresas de servicios públicos domiciliarios.

1. Antecedente.-

En ejercicio del derecho de petición formula usted las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Deben los entes de control limitar el alcance de su función de control sobre los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal (empresas de servicios públicos mixtas o privadas) a los actos y contratos celebrados por éste?
- 2) ¿Qué se debe entender por actos o contratos celebrados por el accionista o socio estatal en las empresas de servicios públicos y documentos que soporten dichos actos o contratos?
- 3) ¿Qué procedimiento formal de auditoría debe seguir el órgano de control en caso de que el ente auditado –las ESPD- sea de naturaleza privada?
- 4) ¿Gozan los actos preparatorios al proceso de auditoría de reserva legal?

2. Consideraciones preliminares.-

Antes de proceder a dar respuesta a su solicitud, nos permitimos indicar que en virtud de las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, este órgano de control no puede tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas. Por tal razón, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares, individuales o concretas que eventualmente pudieran llegar a ser objeto de nuestra vigilancia, razón por la cual el presente pronunciamiento constituye una orientación que no compromete la responsabilidad de la entidad y carece de carácter obligatorio o fuerza vinculante.

3. Consideraciones jurídicas.-

Sobre la primera cuestión.-

El criterio general para determinar si una entidad es o no sujeto de control fiscal en Colombia está ligado con el hecho de que ésta maneje o administre, directa o indirectamente, ingresos de carácter público, según se infiere de la regulación fundamental hecha por la Constitución en el primer inciso de su artículo 267:

“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”.

Como es de suponerse este criterio está vertido en toda la normativa nacional relacionada con el control fiscal. Así, por ejemplo, el artículo 4° de la Ley 42 de 1993 establece:

“ El control fiscal es una función pública, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes del Estado en todos sus órdenes y niveles”.

En este mismo sentido se ha manifestado la Corte Constitucional:

“Tal como lo establecen 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”.¹

Por lo tanto, el factor determinante para que las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, llámense éstas oficiales, mixtas o privadas, sean objeto de control fiscal por parte de los órganos para este fin instituidos, será la presencia de recursos públicos — en poca o mucha cuantía— en su composición accionaria.

La intervención estatal en los servicios públicos, más que un privilegio es una obligación, que se origina en el artículo 334 de nuestra Constitución Política:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano(...)”.

En la sentencia C-290 de 2002, la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad del artículo 5º de la Ley 689 de 2001, artículo que modificaba el 50 de la Ley 142 de 1994, declaró inexecutable la restricción al control fiscal contenida en el párrafo final del primer inciso, según el cual *“para el cumplimiento de dicha función, la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes”.*

Para fundamentar esta decisión, la Corte se estuvo a lo resuelto en sentencia C- 1191 de 2000, mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000. Los siguientes son apartes de la *ratio decidendi* de dicha sentencia:

“ Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber, control financie-

¹ Corte Constitucional, sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

ro, de legalidad, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, **necesariamente se tiene que concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.**

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio 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". (Resaltado fuera del texto).

De manera que, aunque en el ejercicio del control sobre las empresas de servicios domiciliarios con participación estatal los entes de control deban circunscribir su acción a los aportes y los actos o contratos en donde haya participación de dineros públicos, no debe haber restricción en cuanto al acceso a los documentos que prueben tal participación, salvo las que se deriven de las reservas establecidas por ley.

Sobre la segunda cuestión.-

Cuando el artículo 50 de la Ley 42 de 1993 regula que el control fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista, y por tanto sobre la documentación que soporte dichos actos, se refiere a todas las manifestaciones de la voluntad, individual o colectiva —para el caso de las personas jurídicas— del accionista o socio estatal, así como a los contratos que con las formalidades exigidas por la ley se hayan celebrado entre el accionista o socio estatal y terceros.

Sobre la tercera cuestión.-

En la sentencia C-1191 de 2002 la Corte constitucional manifestó:

"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. (...) "... es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política.

*"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.**" (Resaltado fuera del texto).*

De tal manera que, no pudiendo imponerse restricciones ni limitaciones en materia de control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios —mixtas y privadas—la función fiscalizadora habrá de ejercerse en estas empresas conforme lo normado por el artículo 267 superior. El control así ejercido deberá, no obstante, respetar una serie de premisas trazadas por la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En concepto jurídico 110-051-2010, esta oficina sintetizó tales postulados, los que a continuación se transcriben:

"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.*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 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, puede causar graves perjuicios económicos a éstas. En este marco, es recomendable que el funcionario vigilante actúe con prudencia y confidencialidad.*
5. *La función de advertencia, en ningún caso puede llegar a convertir a la autoridad fiscal en usurpador de la facultad, propia de la administración, de tomar decisiones, so pena de que su labor sobrevenga en coadministración, lo cual infringiría el mandato constitucional que establece la posterioridad y selectividad del control fiscal.*
6. *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.”*

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.

Sobre la cuarta cuestión.-

Conforme el artículo 74 de la Constitución Política, los documentos públicos tienen este carácter, salvo cuando la ley expresamente establezca su reserva.

A su vez, el Código Contencioso Administrativo establece, artículo 19, el derecho de toda persona a acceder a los documentos oficiales y a pedir y obtener copia de ellos, siempre y cuando tales documentos no tengan el carácter de reservados, en cuyo caso se negará la petición respectiva.

Conforme lo anterior, los documentos públicos son, por regla general, públicos, y su reserva solamente opera en los caso taxativamente señalados en la ley y la jurisprudencia con efectos erga omnes.

Al respecto la Corte Constitucional ha expresado:

"La Corte ha considerado que sólo es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública – o el establecimiento de una reserva legal sobre cierta información – cuando: i) la restricción está autorizada por la ley o la Constitución; ii) la norma que establece el límite es precisa y clara en sus términos de forma tal que no ampare actuaciones arbitrarias o desproporcionadas de los servidores públicos; iii) el servidor público que decide ampararse en la reserva para no suministrar una información motiva por escrito su decisión y la funda en la norma legal o constitucional que lo autoriza; iv) la ley establece un límite temporal a la reserva; v) existen sistemas adecuados de custodia de la información; vi) existen controles administrativos y judiciales de las actuaciones o decisiones reservadas; vii) la reserva opera respecto del contenido de un documento público pero no respecto de su existencia; viii) la reserva obliga a los servidores públicos comprometidos pero no impide que los periodistas que acceden a dicha información puedan publicarla; ix) la reserva se sujeta estrictamente a los principios de razonabilidad y proporcionalidad; x) existen recursos o acciones judiciales para impugnar la decisión de mantener en reserva una determinada información. En particular la Corte ha señalado que la finalidad de proteger la seguridad o defensa nacional es constitucionalmente legítima y por lo tanto para el logro de tales objetivos puede establecerse la reserva de cierta información. Sin embargo, en cada caso es necesario "acreditar que tales derechos o bienes se verían seriamente afectados si se difunde determinada información, lo que hace necesario mantener la reserva". En otras palabras, no basta con apelar a la fórmula genérica "defensa y seguridad del Estado" para que cualquier restricción resulte admisible. Adicionalmente es necesario que se satisfagan los restantes requisitos que han sido mencionados".³

³ Sentencia C-491 de 27 de junio de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño

Los que la consultante llama “actos preparatorios al proceso de auditoría” no son, de suyo, documentos, y no llegan a serlo en tanto no se transmuten en constancias escritas de las labores llevadas a cabo por el auditor en preparación de su trabajo. En tal caso se conocen con el nombre de “papeles de trabajo”, y constituyen soportes técnicos de la labor, los hallazgos, pronunciamientos, dictámenes, conceptos, opiniones o decisiones de auditoría y en su conjunto conforman las pruebas o evidencias obtenidas por el auditor, durante su trabajo de campo.

La ley 43 de 1990 “por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público” establece sobre los papeles de trabajo:

“Mediante papeles de trabajo el contador público dejará constancia de las labores realizadas para emitir su juicio profesional. Tales papeles, que son de propiedad exclusiva del contador público, se prepararán conforme a las reglas de auditoría generalmente aceptadas”.

“Los papeles de trabajo podrán ser examinados por las entidades estatales y por los funcionarios de la rama jurisdiccional, en los casos previstos en las leyes. Dichos papeles estarán sometidos a reserva y deberán conservarse por un tiempo no inferior a cinco (5) años, contados a partir de la fecha de su elaboración.”

En principio los papeles de trabajo pertenecen de manera exclusiva al funcionario a cargo de llevar a cabo la auditoría, y dado que su contenido puede comprender información de tipo confidencial cuya revelación podría llegar a vulnerar derechos fundamentales de terceros, tales como la intimidad, la honra o el buen nombre y la presunción de inocencia, durante el proceso auditor estos documentos deben permanecer siempre bajo la custodia del auditor, quien implementará las medidas necesarias para que nadie, aparte de él mismo, tenga acceso a ellos.

Pese a lo anterior los papeles de trabajo, como todo otro documento, adquieren la categoría de documentos públicos cuando, de conformidad con la definición que trae el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, han sido otorgados, o suscritos por funcionarios públicos o con su intervención, como ocurre con aquellos producidos durante el ejercicio auditor llevado a cabo por alguno de los órganos de control que cumplen la función pública de control fiscal, cuando se ha producido un informe de auditoría que no es otra cosa que el resultado final de ejercicio, por medio del cual se comunica la posición del ente de control, dando a conocer a la sociedad la efectividad en la gestión de la Entidad vigilada, incluyendo los resultados consolidados en cada uno de los temas auditados.

Así las cosas, sobre los documentos en mención tiene alcance el artículo 74 de la Constitución Política, con la consecuencia de que, por regla general, cualquier perso-

na, podrá acceder a ellos, salvo circunstancias excepcionales de reserva documental

En los anteriores términos damos respuesta a su consulta, reiterando que este concepto se emite en concordancia con lo dispuesto por el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



LUZ ADRIANA VIVAS GARCIA
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: Rafael A. Villalobos Posso