

Copia

31 JUL. 2012



Radicado No: 20121100040791
Fecha: 30-07-2012

Bogotá, D.C.
110-045-2012

31 JUL. 2012

Doctor
EDIER ORLANDO BOLAÑOS HOYOS
Contralor Municipal de Popayán
Edificio el CAM, 2do. Patio
Popayán, Cauca
E. S. D.

44.11170002970055A2.

Asunto: Rad. No. 2010 233-004038-2.
Consulta y solicitud de apoyo – Control Fiscal Empresa Municipal de Teléfonos de Popayán

Respetado doctor Bolaños:

De manera atenta, nos permitimos referirnos a la consulta relacionada con el alcance del control fiscal a ejercer por la Contraloría Municipal de Popayán en la Empresa Municipal de Teléfonos de Popayán EMTTEL S.A. E.S.P., en su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, bajo las siguientes consideraciones:

1. Consideración preliminar.-

Antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que la misma se efectúa con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento y Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que los conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista generales que no comprometen la responsabilidad de la entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante, pues, de acuerdo con nuestras facultades constitucionales y lega-

Orlando
31 JUL 2012

31 JUL. 2012



Radicado No: 20121100040791

Fecha: 30-07-2012

Bogotá, D.C.
110-045-2012

31 JUL. 2012

Doctor
EDIER ORLANDO BOLAÑOS HOYOS
Contralor Municipal de Popayán
Edificio el CAM, 2do. Patio
Popayán, Cauca
E. S. D.

44.111.70002970055A2

Asunto: Rad. No. 2010 233-004038-2.

Consulta y solicitud de apoyo – Control Fiscal Empresa Municipal de Teléfonos de Popayán

Respetado doctor Bolaños:

De manera atenta, nos permitimos referirnos a la consulta relacionada con el alcance del control fiscal a ejercer por la Contraloría Municipal de Popayán en la Empresa Municipal de Teléfonos de Popayán EMTel S.A. E.S.P., en su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, bajo las siguientes consideraciones:

1. Consideración preliminar.-

Antes de brindar una respuesta a su solicitud, debemos advertir que la misma se efectúa con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento y Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que los conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, en respuesta a una petición en la modalidad de consulta, constituyen orientaciones y puntos de vista generales que no comprometen la responsabilidad de la entidad, ni tienen carácter obligatorio ni vinculante, pues, de acuerdo con nuestras facultades constitucionales y lega-

*Monaliza
31 JUL 2012*

les, no podemos pronunciarnos sobre situaciones individuales y concretas que pueden ser objeto de control y vigilancia posterior.

2. Consideraciones de la Oficina Jurídica.-

2.1 Marco Constitucional y legal.-

Como marco de referencia para el análisis de las diversas inquietudes planteadas, a continuación se transcriben las normas constitucionales y legales que estimamos pertinentes para tal efecto:

Dispone el artículo 112 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 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 legislativas 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 Contraloría 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 persona jurídicas y cualquier otro tipo de organismo o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República.*

Artículo 3º. *Son sujetos de control fiscal en el orden territorial los organismos que integren la estructura de la administración departamental y municipal y las entidades*

de este orden enumeradas en el artículo anterior.

A su vez, la Ley 617 de 2000, estableció para las entidades descentralizadas del orden departamental la obligación de pagar una cuota fiscal a la respectiva contraloría departamental, y la Ley 489 de 1998, en su artículo 68 señaló las entidades descentralizadas del orden nacional y dispuso que el régimen jurídico allí previsto para estas, es 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)*

De igual forma, el artículo 84 *Ibíd*em 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 presente ley en los aspectos no regulados por aquella y a las normas que las complementen, sustituyan o adicione.

La Ley 142 de 1994, en su artículo 14 establece unas definiciones para interpretar y

aplicar esta ley, dentro de las cuales menciona que se entiende por empresa de servicios públicos oficial, mixta y privada.

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. Empresas de Servicios Públicos Mixtas. *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. Empresas 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.*

En ese orden de ideas, y de conformidad con las normas señaladas en 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 "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.

Así las cosas, se puede definir 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, se les aplica 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.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en relación con el alcance del control fiscal en sentencia C- 127 del 18 de febrero de 2003, con ponencia del Dr. Alfredo Beltrán Sierra, expresó:

"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 pú-

blico, 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."

Así mismo, esa alta Corporación al estudiar 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 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, 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."

(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.

... 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 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...”.

Vistos los antecedentes jurisprudenciales expuestos, relacionados con el alcance del control fiscal es incuestionable, que el objetivo principal es la protección del patrimonio de la Nación, y 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 ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. 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 municipa-

les, 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.

Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Carta, 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. Así las cosas, 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, necesaria y sin limitación alguna, sobre toda la documentación que soporte dichos actos y contratos.

La Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República al resolver una consulta similar en relación con el alcance y límites del control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios conceptuó en oficio radicado No. 20121100039431 del 23 de julio de 2012, lo siguiente:

“En la sentencia C-290 de 2002, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 5° 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 ejercicio del control fiscal, a saber, control financiero, 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 aun a 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 empresa 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."

2.2 La consulta planteada.-

Respecto a su consulta relacionada con la eventual iniciación de procesos sancionatorios y sobre la posibilidad de solicitar la suspensión del Gerente y del Jefe de la Sección Jurídica de la precitada empresa de servicios públicos, se hace la siguiente precisión de manera general.

2.2.1. Acerca de la iniciación de los correspondientes procesos administrativos sancionatorios con ocasión de la rendición extemporánea de la cuenta y el informe de la deuda pública correspondiente a la vigencia 2011, así como por la presunta obstaculización del ejercicio de control fiscal, consideramos pertinente verificar los lineamientos dispuestos en los artículos 99 a 104 de la Ley 42 de 1993, y si se tipifica el incumplimiento referido y la restricción al acceso de ese órgano de control, sería viable iniciar el proceso administrativo sancionatorio contra el representante legal de la empresa y los directivos que obstruyan el ejercicio adecuado del control fiscal, conforme a los lineamientos señalados en la precitada ley.

Aún más, consideramos que debe ponerse en conocimiento del competente disciplinario al interior de la Procuraduría General de la República de la serie de dificultades señaladas, a efectos que se surta la investigación disciplinaria correspondiente, con ocasión de la conducta asumida por los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas que impiden cumplir adecuadamente el ejercicio fiscal de una función constitucional y legal.

2.2.2 En relación con la posibilidad de solicitar al Alcalde Municipal de Popayán y/o a la Junta Directiva la suspensión del Gerente y del Jefe de la Sección Jurídica de EMTEL, consideramos pertinente señalar que la facultad de suspender funcionarios "verdad sabida y buen fe guardada", fue establecida por primera vez en la Constitución Política de 1991 como potestad del Contralor General de la República y procede como medida preventiva con el fin de separar temporalmente de sus cargos a los funcionarios que han sido vinculados a un proceso de responsabilidad fiscal, penal o disciplinaria, evitando así que su permanencia impida o dificulte la investigación que se adelante.

Y, como el Contralor Departamental, Distrital, o Municipal goza en sus respectivas orbitas de competencia, de la atribución señalada al Contralor General por el artículo 268, numeral 8 de la Carta, pueden exigir verdad sabida y buena fe guardada en el ámbito del respectivo Departamento o Municipio, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culmina la investigación del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal.

Sobre el particular, debe precisarse que la solicitud de suspensión de funcionarios, en materia de responsabilidad fiscal, procede una vez se haya expedido el Auto de Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal, es decir, cuando se haya identificado a los autores, o existen indicios serios de los posible autores del daño, toda vez que no es posible ordenar la suspensión de funcionarios sin existir indicios ni certeza de los autores del daño y debe estar precedida de unos razonamientos claros y contundentes que permitan temer que la permanencia en el cargo del funcionario investigado, pueda afectar el proceso o comprometer aún más el interés colectivo.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a sus inquietudes, siendo necesario precisar que no es de competencia de esta oficina jurídica entrar a dilucidar casos de carácter puntual, razón por la cual la consulta se absuelve en forma general y abstracta, pues, no es admisible adentrarnos en resolver situaciones particulares y concretas que puedan comprometer la responsabilidad de la entidad, habida cuenta que se podría configurar un direccionamiento en la gestión y autonomía de los entes de control, lo cual está expresamente prohibido. Por lo tanto, en ejercicio de sus competencias, deben evaluar las opiniones jurídicas consignadas en los conceptos emitidos, verificar la normatividad jurídica vigente y la jurisprudencia aplicable, para asumir su propia decisión.

Cordialmente,



LUZ ADRIANA VIVAS GARCIA
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: RAM

CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
"HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL CONTROL FISCAL"

10

DC-

0000788



Rad No 2012-233-004038-2

Fecha 25/06/2012 10:38:51 Us Rad. JELOAIZA
Asunto : CONSULTA Y SOLICITUD DE APOYO SOBRE ACTUACIONES DE LA CONT
Destino : / Rem CIU CONTRALORIA MUNICIPAL DE P
www.orteogpl.org - Sistema de Gestión

Popayán, 19 de junio de 2012

Doctor

JAIME RAÚL ARDILA RIVERA

Auditor General de la República
Carrera 10 No. 17-18 piso noveno
Bogotá, D.C.

*Delegado
Dr. Reynaldo
Para su conocimiento y
transmite. Es urgente.
Juan
Junio 20/12*

Cordial saludo.

Referencia: Consulta y solicitud apoyo sobre actuaciones de la Contraloría Municipal de Popayán.

En desarrollo del Plan General de Auditorias 2012, la Contraloría Municipal Popayán programó la realización de una auditoría gubernamental con enfoque integral a la Empresa Municipal de Teléfonos de Popayán EMTEL S.A. E.S.P, correspondiente a la vigencia fiscal 2011. La auditoría se programó para desarrollarse entre el 8 de junio y el 10 de agosto de 2012 y en efecto se comunicó oficialmente a la entidad de dicha actuación y se solicitó la cita para la presentación de la comisión de auditoría, la cual se concedió para el día 13 de junio a las 3:00 pm en el Despacho de la Gerencia de la entidad; presentación que fue encabezada por mi en calidad de Contralor Municipal.

La comisión fue atendida por el Doctor Juan Carlos Orozco Vélez, Asesor Jurídico de la empresa, quien expresó que por instrucciones del Gerente Dr. Andrés Collazos Robles se ha tomado la decisión de no permitir la realización de la auditoría gubernamental con enfoque integral, teniendo en cuenta que existen suficientes argumentos jurídicos que le permiten a la empresa concluir que la Contraloría Municipal Popayán no es competente para desarrollar este tipo de actuaciones y que su control fiscal debe limitarse exclusivamente a la participación accionaria que el Municipio posee en la citada empresa, sin entrar a conocer la contratación o las decisiones y actuaciones que ella haya realizado en desarrollo de su gestión administrativa y de su objeto social.

*Roberto Vozce
22/07/12*

*26.06.12
10:25am*

*104
25-6-12
15:30*

25 JUN. 2012

CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN

"HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL CONTROL FISCAL"

Manifiesta el Dr. Orozco que la fiscalización de la Contraloría se debe realizar únicamente sobre las acciones del Municipio de Popayán y los derechos que se originan de su participación.

Es importante anotar que la participación accionaria del Municipio de Popayán en la citada empresa es del 99.98% y el Presidente de la Junta Directiva es el Alcalde Municipal de Popayán.

Esta discusión la ha planteado la empresa EMTEL S.A. E.S.P. en años anteriores, sin embargo las administraciones de la entidad han permitido la realización de las auditorías de la Contraloría Municipal Popayán dada la participación accionaria del Municipio en esta.

La problemática ha sido generada por la empresa con mayor énfasis a partir del presente año, cuando presentó sus inquietudes y omitió la rendición oportuna de la cuenta correspondiente a la vigencia 2011, posición de EMTEL S.A. E.S.P. establecida en los oficios No. SJ-2100-02417 del 8 de febrero de 2012, No. SJ-2100-05140 del 27 de febrero de 2012 y No. SJ-2100-05227 del 6 de marzo de 2012, a los cuales se les dio respuesta de fondo mediante oficio DC-00344 del 30 de Marzo de 2012 y se hizo claridad respecto a que es un sujeto de control de la Contraloría Municipal de Popayán y por ello tenía la obligación de rendirla normalmente dentro del plazo señalado, conforme lo establece la Resolución Orgánica No. 09 de febrero 4 de 2010, por la cual se determina los procedimientos, la forma y plazos de rendición de cuentas de los sujetos de control de la Contraloría Municipal de Popayán, entre ellos EMTEL S.A. E.S.P.

En el enunciado oficio se realizó además un detallado y cuidadoso análisis efectuado por los Abogados de la Contraloría Municipal de Popayán, apoyados en la normatividad legal, sentencias y conceptos jurídicos de la Contraloría General de la Republica.

El pasado 13 de abril de 2012, la empresa procede de manera extemporánea a rendir la cuenta de la vigencia fiscal 2011 y de la misma forma lo hace con el informe de la deuda pública.

El 13 de junio de la presente anualidad, los Directivos de la empresa manifestaron verbalmente a la comisión de auditoría su decisión de no permitir la actuación de la Contraloría, hasta tanto se defina la competencia y el alcance del control fiscal que se le debe aplicar; posición que ratifica por escrito del Jefe de la Sección Jurídica de EMTEL Dr. Juan Carlos Orozco, mediante oficio No. JUR-215-12, recibido en la Contraloría el 15 de junio del presente año.

12

CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
"HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL CONTROL FISCAL"

Cabe resaltar, que en el citado oficio, el Dr. Orozco plantea no solo las limitaciones de La Contraloría para ejercer el control fiscal a esa entidad, sino manifiesta que si se realiza el control sobre la actividad de la sociedad, "el órgano de control desbordaría sus competencias y facultades, al vulnerar el artículo 6 constitucional que advierte a los servidores públicos su responsabilidad ante las autoridades por extralimitación en el ejercicio de sus funciones, con todos los efectos que conlleva", citando al pie de página la ley 734 de 2002 y los artículos 413 y 416 del C.P.

Ante esta situación de hecho generada por los Directivos de la empresa EMTEL S.A. E.S.P. y considerando que existe una Resolución Orgánica de la Contraloría Municipal de Popayán vigente, que incluye a esta empresa como sujeto de control fiscal y que establece obligaciones para el sujeto controlado y para el órgano de fiscalización, solicito el acompañamiento jurídico de la Auditoría General de la República para definir las actuaciones que con plena observancia de la Constitución, la ley y demás normas vigentes deba realizar en mi calidad de Contralor Municipal de Popayán, especialmente frente a lo siguiente:

1. Dar inicio a un proceso administrativo sancionatorio contra el Gerente EMTEL S.A. E.S.P. por la rendición extemporánea de la cuenta y el informe de la deuda pública correspondiente a la vigencia 2011, en cumplimiento de lo establecido en la Resolución No. 125 de 2011 de diciembre 30, "por medio de la cual se ajusta el proceso administrativo sancionatorio en la Contraloría Municipal de Popayán y se fijan sus competencias".
2. Dar inicio a otro proceso administrativo sancionatorio contra el Gerente y Jefe de la Sección Jurídica de EMTEL S.A. E.S.P. por obstaculizar las actuaciones del ente de control, al impedir la realización de la auditoría gubernamental con enfoque integral, programada en el Plan General de Auditorías 2012.
3. Solicitar al Alcalde Municipal de Popayán y/o a la Junta Directiva, la suspensión del Gerente y Jefe de la Sección Jurídica de EMTEL, por las razones antes expuestas, con fundamento en los artículos 99, 100 y 101 de la ley 42 de 1993.
4. Modificar la Resolución Orgánica No. 09 de febrero 4 de 2010 de la Contraloría Municipal de Popayán, a pesar de que el Municipio de Popayán posee el 99.98% de las acciones de la empresa, accediendo a las pretensiones de los Directivos actuales y en tal evento solicito apoyo para reglamentar y determinar con claridad el alcance y la forma como se debe realizar el control fiscal a EMTEL S.A. E.S.P.

CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN

"HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL CONTROL FISCAL"

13

5. Determinar que otras acciones competen realizar en mi calidad de Contralor Municipal frente a la situación planteada.

Para mayor ilustración sobre este caso, me permito adjuntar los siguientes documentos:

- Resolución orgánica No. 09 de 2010 emitida por la Contraloría Municipal de Popayán.
- Circular Externa No.02 de febrero 1 de 2012 que recuerda plazo para rendir la Cuenta Electrónica SIA 2011.
- Oficio No. SJ-2100-02417 de febrero 8 de 2012, suscrito por el Jefe de la Sección Jurídica de EMTEL S.A. E.S.P. Planteando sus inquietudes sobre la competencia de la Contraloría Municipal de Popayán.
- Oficio No. SJ-2100-05140 de febrero 27 de 2012, donde se reitera la posición de EMTEL S.A. E.S.P.
- Oficio No. DC- 00202 del 29 de febrero de 2012, suscrito por el Contralor Municipal de Popayán, Respuesta inicial sobre la obligación de rendir la cuenta 2011
- Oficio No. SJ-2100-05227 de marzo 6 de 2012.
- Oficio No.0166 de marzo 13 de 2012 Por el cual el funcionario de la Contraloría Municipal de Popayán Juan José Segura Guevara reporta la no rendición de la cuenta de EMTEL S.A. E.S.P. vigencia 2011.
- Oficio No. DC- 00344 de marzo 30 de 2012, respuesta de fondo sobre la obligación de rendir la cuenta 2011.
- Oficio No. G-1000 del 13 de abril de 2012, por el cual EMTEL S.A. E.S.P. informa sobre la rendición de la cuenta del año 2011.
- Oficio No. 10149 de abril 20 de 2012, por el cual EMTEL S.A. E.S.P. rinde el informe de la deuda pública.
- Oficio No. AI- 0330 de mayo 30 de 2012 suscrito por el Dr. Ítalo Caicedo Funcionario de la Contraloría Municipal de Popayán, sobre las inconsistencias en la rendición del informe de la deuda pública.
- Resolución No. 042 de mayo 16 de 2012, por el cual se establece el Plan General de Auditorías fase II de la Contraloría Municipal de Popayán.
- Memorando de encargo para la auditoría gubernamental programada.
- Comunicación oficial para presentación de la comisión de auditoría.
- Acta de presentación de la comisión de auditoría.
- Oficio No. JUR-215-12 suscrito por el Jefe de la Sección Jurídica de EMTEL y recibido el 15 de junio de 2012 en la CMP.
- Escritura de constitución de EMTEL S.A. E.S.P.

CONTRALORÍA MUNICIPAL DE POPAYÁN
"HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL CONTROL FISCAL"

14

Señor Auditor, agradezco todo el apoyo que nos pueda brindar para definir de fondo y lo más pronto posible esta situación al igual que para determinar las actuaciones que debo realizar en mi calidad de Contralor Municipal de Popayán; sobre todo porque esta no es una situación aislada sino una estrategia o posición jurídica promovida por la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos ANDESCO, que al parecer busca vía interpretación jurídica, restringir el ejercicio del control fiscal en los diferentes órdenes a este tipo de empresas en todo el país, lo cual considero de alto riesgo para el patrimonio estatal, dados los cuantiosos recursos públicos que se encuentran bajo su administración, valiéndose de su naturaleza jurídica a pesar que la participación accionaria sea casi totalmente pública, como en el caso de EMTEL S.A. E.S.P. donde el Municipio es poseedor del 99.98% de las acciones de la empresa. No obstante, reitero que mi consulta no tiene interés diferente al de propender por la defensa del patrimonio público y proceder con el debido cuidado y diligencia en el cumplimiento de mis obligaciones dentro de los límites establecido por la Constitución, la ley y demás normas vigentes sobre el caso planteado.

Atentamente,



EDIER ORLANDO BOLAÑOS HOYOS
Contralor Municipal de Popayán

Con copia: Dr. Carlos Alberto Franco, Gerente Seccional AGR.