

73

AUDITORÍA
GENERAL
DE LA REPÚBLICA

Rad No 2012-233-004946-2

Fecha 03/08/2012 12:11:46 Us Rad. JNRIVERA
Asunto : AMPLIACION DE DERECHO DE PETICION
Destino : / Rem CIJ YULIETHPORRASOSORIO
www.auditoria.gov.co - Auditoria General de la Republica

Pereira, agosto 2 de 2012

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

Asunto: Derecho de petición ampliación consulta radicado auditoria General de la Republica 110-043-2012

YULIETH PORRAS OSORIO, mayor de edad, vecina de Pereira, identificada con la cedula de ciudadanía N° 42.140.822, por medio del presente escrito haciendo uso del artículo 23 de la Constitución Nacional, me dirijo a usted con todo respeto con el fin de realizar la siguiente consulta :

En días anteriores eleve consulta ante la Auditoria General de la Republica, en donde planteaba algunos interrogantes relacionados con el alcance del control fiscal sobre las EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS; ante esta consulta la Auditoria General de la Republica en forma oportuna y realizando un análisis minuciosa de la normatividad relacionada con el tema objeto de consulta, este entidad concluye entre otras cosas:

"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 accionar 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"

"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 accionar 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"

03 AGO. 2012

2

(...) "cuando el artículo 50 de la ley 42 de 1993" (entiéndase ley 142 de 1993) "regula que el control fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los actos contratos que versen sobre las gestiones del estado en su calidad de accionista, y por tanto sobre la documentación que soportan dichos actos, se refiere a todas las manifestaciones de voluntad individual o colectiva _ para el caso de las personas jurídicas, del accionistas o socio estatal, así como a los contratos que con las formalidades exigidas por la ley se hayan celebrado entre el accionistas o socio estatal y terceros"

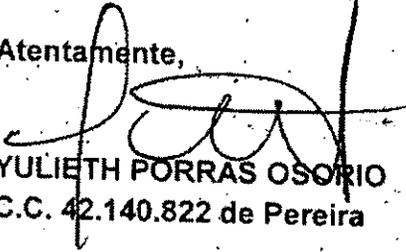
Conforme a lo anterior y bajo el contenido del concepto dado por la Auditoría General de la República surgen las siguientes presuntas:

1. Debe el ente de control fiscal limitar el alcance del objeto de las auditorias realizadas a las empresas de servicios Públicos mixtas a aquellas actividades relacionadas con los actos y contratos en donde intervenga el socio estatal?
2. Si el objeto de la auditoria no se limita al mandato dado por la ley 142 de 1994 artículo 50, puede el ente sujeto de control ¿solicitar a la Contraloría limitar el alcance de la misma a dicho mandato.?
3. Si la Contraloría se niega a ello, ¿que tipo de acciones puede emprender el ente sujeto control con el fin de que no se violen los derechos que le asisten?
4. De ser así la Contraloría Municipal solicita alguna información de carácter reservado de conformidad con el artículo 61 del Código del comercio a la ESP mixta que no tenga relación o soporte los actos y contratos en donde haya intervenido el socio estatal, ¿es obligación de la ESP remitir dicha información?

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la MZ 2 casa 5 Bulevar de las Villas de la ciudad de Pereira y/o Correo Electrónico Yulipo1@hotmail.com

Atentamente,


YULIETH PORRAS OSORIO
C.C. 42.140.822 de Pereira

03 SET. 2012

YYMM1501028V006V40



Radicado No: 20121100047941

Fecha: 31-08-2012

Bogotá, D.C;
110 - 049 - 2012

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, radicada con el NUR 2012-233-004946-2

1. Antecedente.-

En ejercicio del derecho de petición formula usted consulta con el objeto de que se amplíe concepto 110-043-2012, por el cual este despacho respondió su consulta radicada con el NUR 2012-233-003771-2. En esta ocasión plantea usted los siguientes interrogantes:

- 1) ¿Debe el ente de control fiscal limitar el alcance del objeto de las auditorias realizadas a las empresas de servicios públicos mixtas a aquellas actividades relacionadas con los actos y contratos en donde intervenga el socio estatal?
- 2) Si el objeto de la auditoría no se limita al mandato dado por la ley 142 de 1994 artículo 50 ¿puede el ente sujeto de control solicitar a la contraloría limitar el alcance de la misma a dicho mandato?
- 3) Si la contraloría se niega a ello ¿qué tipo de acciones puede emprender el ente sujeto de control con el fin de que no se violen los derechos que le asisten?

31 AGO. 2012

*Revis: MPT
31/08/12
2:41 PM*

4) De ser así la contraloría municipal solicita alguna información de carácter reservado de conformidad con el artículo 61 del Código de Comercio a la ESP mixta que no tenga relación o soporte los actos y contratos en donde haya intervenido el socio estatal. ¿Es obligación de la ESP remitir dicha información?

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.-

Puntualmente y en el mismo orden en que fueron formuladas las preguntas se responden a continuación los asuntos consultados:

1º) Por mandato contenido en el artículo 267 de la Constitución Política, el control fiscal es una función pública por medio de la cual se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación.

El criterio base establecido por la norma citada es la presencia de recursos públicos —sin importar su cuantía— en la composición accionaria del respectivo ente vigilado.

Teniendo en cuenta lo anterior, las empresas de servicios públicos mixtas, es decir aquellas “en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50 %”¹, son sujetos de control fiscal por parte de las entidades de control fiscal del nivel central o territorial, dentro de cuya jurisdicción los contralores ejercerán las funciones atribuidas

¹ Ley 142 de 1994, artículo 14.6

al Contralor General de la República en el artículo 268, conforme mandato del artículo 272 de la C.P.

Una lectura atenta de las sentencias C-290 de 2002, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 5° de la Ley 689 de 2001 y C-1191 de 2000, mediante la cual se declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000, permite concluir que el control sobre empresas de servicios domiciliarios con cualquier monto de participación estatal se ejerce sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su condición de accionista; empero, no se permite ninguna restricción o limitación que pueda impedir el adecuado y efectivo ejercicio del control fiscal a empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto.

En la sentencia C-290 de 2002, al estudiar la exequibilidad del segmento normativo contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley 689 de 2001 que dispone "*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 Corte Constitucional expuso los siguientes argumentos:

Ahora bien, considera la Corte oportuno en este momento pronunciarse respecto del segmento normativo contenido en el inciso segundo del artículo 5° de la Ley 689 de 2001 que dispone "*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*", que no formaba parte del artículo 37 del Decreto-Ley 266 de 2000, pero que ha sido también demandado en este caso, ya que guarda íntima relación con el tema tratado anteriormente.

Al respecto conviene recordar que la misma Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4 dispuso 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 ellos confieren sobre el patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales 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 de la República, y de las contralorías departamentales y municipales*".

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 **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.**

Por lo tanto, la Corte considera necesario hacer una modulación del fallo en relación con el ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos que no tienen el 100% de los aportes del Estado, para lo cual declarará exequible el aparte acusado bajo el entendido que para ejercer el control fiscal en estas empresas la Contraloría tiene amplias facultades para examinar la documentación referente a los bienes de propiedad del Estado y los referentes a los aportes, actos y contratos celebrados por éste.

Conviene anotar, que cuando el artículo 267 Superior dispone que el control fiscal se extiende a los particulares o entidades que manejan bienes o fondos de la Nación, debe concluirse que tratándose de las empresas de servicios públicos dicho control recae sobre ellas pero en relación con los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, control fiscal que se justifica por haber recibido estas empresas fondos o bienes de la Nación sin interesar su cuantía.

Cabe resaltar, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que el control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, 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 quién quiso que "...ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares". (Resaltado y subrayado fuera del texto).

Sin soslayar las directrices impartidas por la sentencia citada, los aspectos a evaluar sobre la gestión fiscal de la empresa de servicios públicos domiciliarios por parte del ente de control, tal como lo establece el tercer inciso del artículo 267 de nuestra Carta Política, deben incluir el ejercicio de control financiero, de gestión y resultados.

Entendido así, la naturaleza o régimen jurídico de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios sujeta a vigilancia fiscal pasa a un segundo plano, primando la comprobación de que los estados financieros de la empresa controlada reflejen razonablemente el resultado de sus operaciones y los cambios en su situación financiera, así como comprobando que en la elaboración de tales estados financieros y en las transacciones y operaciones que los originaron se hayan observado y cumplido las normas prescritas por las autoridades competentes y los principios de contabilidad universalmente aceptados o prescritos por el Contador General, a fin de dar acatamiento a lo ordenado por el artículo 10 de la Ley 42 de 1993; privilegiándose también el examen de la eficiencia y eficacia en la empresa de servicios de los recursos públicos, examen determinado mediante *"la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño, y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividades"* (art. 12 Ley 42/93); examinando la medida en que la empresa sujeta a vigilancia fiscal logró sus objetivos y cumplió los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado (art. 13 Ley 42/93).

En este sentido se manifestó la Corte Constitucional en sentencia SC 1191 de 2000, en la cual, con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra, manifestó:

Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó 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 municipales, lo cual significa que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo 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 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.

Por lo tanto, el legislador extraordinario, si bien reconoce la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, se inspira en el suceso societario, como lo señala el demandante, según el cual, los derechos del socio en las personas jurídicas mixtas y en las generadas en la participación con los particulares, se convierten en patrimonio del sujeto jurídico generado y de esa forma en efecto particular, dejando de lado los intereses generales de la comunidad, lo que se traduce en el interés general o público, circunstancia esta que hace que el precepto jurídico demandado, sea lesivo de los principios de rango constitucional que informan la función pública del control fiscal.

Ahora bien, el artículo 37 cuestionado, contiene una restricción al ejercicio de la función pública asignada a las contralorías, en la medida en que reduce su intervención al acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos que se establecen en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

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 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 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 y subrayado fuera del texto).**

Los apartes subrayados confirman que a juicio del supremo tribunal de lo constitucional, el control integral prescrito por el artículo 267 de la Constitución Política indefectiblemente implica que los entes de control soliciten y obtengan de los sujetos vigilados toda la información necesaria para cumplir adecuadamente con el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, pues *a priori* para aquéllos es imposible conocer si la documentación que va a revisarse sustenta aportes de origen público al capital (esto es, provenientes de la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas), actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre tales bienes públicos, o si por el contrario dichos aportes no pertenecen a la parte

porcentual que en las empresa de servicios públicos mixtas se considera de origen público.

Reiteramos con la Corte Constitucional que ninguna restricción impuesta por el legislador al control fiscal sobre empresas de servicios públicos domiciliarios con carácter mixto y privado puede llegar hasta el punto de que dicho control se enfoque exclusivamente en 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*".

2º) En ejercicio del derecho de petición consagrado por el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia, cuya regulación vigente se encuentra contenida en el título II de la Ley 1437 de 2011, todas las personas, incluyendo las jurídicas de derecho privado, tienen derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en dicha norma, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.

Consecuentemente, en el evento planteado en su consulta, siempre que la petición cumpla con los requisitos señalados en la Constitución y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la autoridad a quien se dirija la solicitud tendrá la obligación de recibirla, así como de darle respuesta oportuna de fondo.

3º) Sin perjuicio de la categoría de fundamental que ostenta el derecho de petición, el deber, a cargo de la autoridad peticionada, de emitir respuesta de fondo, no obliga a ésta a hacerlo en el sentido que quiera el interesado. Bajo este entendido la Corte Constitucional ha expresado:

Como en invariable jurisprudencia lo ha señalado esta Corte, el derecho de petición no consiste en un mecanismo para asegurar que la decisión administrativa acepte o reconozca materialmente lo que ante ella se impetra, es decir, no constituye un seguro para la prosperidad de las pretensiones correspondientes y, por tanto, no se configura la violación de aquél por el hecho de que la autoridad se abstenga de acceder a lo que se le pide. (Sentencia T-126 de 1997. M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo).

En cualquier caso, la garantía que en nuestro estado social de derecho asiste a toda persona para presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, así como para obtener respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para

el efecto, es la antesala para la formulación de cualquier acción dirigida a prevenir los posibles perjuicios causados o a obtener su resarcimiento.

4º) El Código de Comercio establece que los libros y papeles del comerciante solo podrán examinarse por personas distintas de sus propietarios o personas autorizadas para ello para los fines indicados en la Constitución Nacional y mediante orden de autoridad competente (artículo 61).

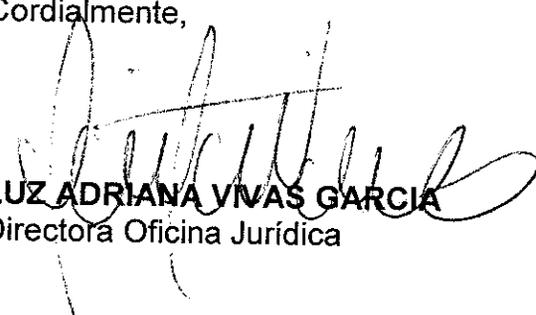
Comoquiera que el control fiscal es una función pública de raigambre constitucional, mediante la cual se vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, en el ejercicio de un proceso auditor las autoridades que ejercen dicha potestad están legitimadas para solicitar y obtener de los sujetos de control los documentos necesarios para cumplir a cabalidad su función, con el compromiso de preservar la privacidad de los hechos que así lleguen a conocer. El artículo 20 de la Ley 594 de 2000 regula al respecto:

El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo prescrito en este artículo.

Lo anterior es reafirmado por el segundo inciso del citado artículo 61 del Código de Comercio, según el cual "lo dispuesto en este artículo no restringirá el derecho de inspección que confiere la ley a los asociados sobre libros y papeles de las compañías comerciales, ni el que corresponda a quienes cumplan funciones de vigilancia o auditoría en las mismas".

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