

Bogotá D.C.,
110



Auditoría General de la República
Al contestar cite el radicado No: 1102-202400726
Fecha: 13 de marzo de 2024 10:38:40 AM
Origen: Oficina Jurídica
Destino: STALYN CAICEDO MOSQUERA

Señor

STALYN CAICEDO MOSQUERA

Gerente de Empresa de Servicios Públicos de Novita (Chocó)
stalyn0485@hotmail.com

Referencia: Concepto 110.019.2024
SIA-ATC. 012024000208
Temas: 1. Empresas prestadoras de servicios públicos como sujetos de control fiscal.
2. Obligación publicidad actividad contractual en SECOPII de empresas de servicios públicos.

Respetado señor Caicedo,

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento mediante correo electrónico, el lunes 26 de febrero de 2024, el cual fue radicado bajo No.2101-202400507 y SIA-ATC. No 012024000208, en el que se realizan las siguientes consultas:

- 1.«(...) la Contraloría Departamental del Chocó inició proceso de auditoría, ambiental, fiscal y contractual en la empresa de servicios públicos que represento legalmente, y en una de las solicitudes me piden si cargo información de los procesos contractuales de la empresa en el secop, esto teniendo en cuenta la procedencia de los recursos que utiliza el municipio para subsidiar a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, una vez se emite la correspondiente factura y posterior cuenta de cobro al ente municipal. Aparte de esto solicitan plan de acción con sus respectivo acto administrativo y ejecución para las vigencias, plan estratégico corporativo y sus modificaciones (...)»
2. «La auditoría que plantea la Contraloría Departamental del Chocó esta más bien dirigida para la empresa públicas de Medellín y/o Bogotá o está más encaminada al ente municipal, es por ello que solicitamos información si este proceso de auditoria está acorde a la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos de economía mixta a la cual represento, con participación accionaria 60% ente municipal y un 40% aportes de particulares»

Antes de dar respuesta a lo planteado, es importante aclarar que teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República-AGR, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, pues corresponde a la AGR un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por lo que no se emite concepto sobre asuntos que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia; por lo que se abordará el tema de manera general y abstracta.

En relación a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del

control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en Sentencia C-1176 de 2004, señalando:

«Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, **sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal**, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución (...)» (Negrilla fuera de texto).

Es pertinente aclarar que no compete a la AGR, indicar la manera como deben proceder las contralorías territoriales, pues no es posible coadministrar o ser juez y parte en un asunto que le corresponde vigilar posteriormente. Así, cualquier indicación sobre cómo deben desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior.

Es una función de la Oficina Jurídica «Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo»¹ conforme a las facultades en el Decreto Ley 272 de 2000 «Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República», los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, ya que los conceptos que emite la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República, se formulan dentro de los parámetros establecidos en el artículo 28 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 y no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Para dar respuesta a su requerimiento, es importante aclarar la naturaleza de las empresas de servicios públicos, pues conforme al literal d) del numeral 2 del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 y a la sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional, son entidades del sector descentralizado por servicios, las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley que formen parte de la rama ejecutiva del poder público. Así lo aclaró el Tribunal Supremo en la referida sentencia:

«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.»

¹ Decreto Ley 272 de 2000, artículo 18 numeral 3



Así lo reiteró la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 23 de noviembre de 2020 del Consejero Ponente Oscar Darío Amaya Navas, radicación número: 11001-03-06-000-2020-00204-00(2454) del 23 de noviembre de 2020, al concluir que:

«1. Las empresas de servicios públicos mixtas son sociedades por acciones, constituidas tanto por capital público como por capital privado, en las que los aportes estatales son iguales o superiores al 50% del capital total de la sociedad (Ley 142 de 1994, artículos 14.6 y 17). 2. Estas empresas mixtas constituyen una tipología especial de entidades públicas, con un régimen y una naturaleza jurídica propios, definidos por la Ley 142 de 1994, en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 365 y 367 de la Constitución Política. 3. Su naturaleza jurídica y régimen propios las diferencian de las sociedades de economía mixta, tal como lo aclaró la Corte Constitucional, en la Sentencia C736 de 2007, luego de posiciones divergentes tanto en las altas Cortes como en la doctrina.» (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente es importante reiterar lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia No. C-736-2007 en la que se expuso que independientemente de la autonomía de las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales caben distintos porcentajes de participación pública, esa autonomía no puede omitir algunas limitaciones de la Constitución Política de 1991 como la vigencia permanente del control fiscal, conforme a lo prescrito en el artículo 267 de la referida carta, que dispone que el control fiscal es una función pública que ejerce la Contraloría General de la República la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de las entidades que manejan fondos bienes de la Nación; así:

«En cualquier caso, esta mayor o menor autonomía no puede obviar algunas limitaciones que emanan de la propia Constitución. En especial, la Corte llama la atención en lo relativo a la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, cuyo tenor conviene recordar:

Tratándose de empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales caben distintos porcentajes de participación pública, el legislador puede establecer regímenes de mayor autonomía para aquellos casos en los cuales la participación accionaria privada supera una cierta proporción, en especial cuando supera el cincuenta por ciento (50%) del capital social.

Obviamente, la mayor o menor autonomía concedida por el régimen jurídico y la mayor o menor aplicabilidad de controles derivados de la naturaleza pública, privada o mixta de una institución deben guardar una relación de proporcionalidad directa con la mayor o menor participación pública en la composición accionaria de la sociedad. A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa.

5.2.3 En cualquier caso, esta mayor o menor autonomía no puede obviar algunas limitaciones que emanan de la propia Constitución. En especial, la Corte llama la atención en lo relativo a la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre



las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, cuyo tenor conviene recordar:

ARTICULO 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.”

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las “entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la Empresas de Servicios Públicos manejan fondos o bienes de la nación, en cualquier proporción, igualmente quedan sometidas a este control fiscal, sin que tenga relevancia la calificación sobre su naturaleza jurídica.» (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, el Decreto 403 de 2020 «Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal» incluyó dentro de las definiciones desarrolladas por su artículo segundo, lo referente a sujetos de control, indicando:

«Sujeto de vigilancia y control: Son sujetos de vigilancia y control fiscal los órganos que integran las ramas del poder público, los órganos autónomos e independientes, los de control y electorales, los organismos creados por la Constitución Política y la ley que tienen régimen especial, el Banco de la República, y las demás entidades públicas en todos los niveles administrativos, los particulares, las personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que a cualquier título recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos en lo relacionado con estos.» Subrayado por fuera del texto

De lo expuesto, se colige que la norma califica como sujeto objeto de vigilancia y control fiscal, a quienes recauden, administren, manejen, dispongan o inviertan fondos, recursos del Estado y/o bienes o recursos públicos.



En concordancia, se pronunció este despacho en concepto 110.061.2021, en el que concluyó:

«Del anterior análisis es posible argüir que las sociedades de economía mixta, al igual que cualquier entidad estatal o particular que administre, use, gestione (entre otras acciones) dineros públicos, se encuentran sujetos a control fiscal sobre su gestión empresarial y solo en lo tocante a los aportes estatales. Para el caso de las sociedades con aportes estatales y privados del orden municipal, distrital o departamental, estas estarán sujetas al control de la Contraloría General de la Nación y de las contralorías territoriales, dependiendo del orden al que pertenezcan dichas entidades, quienes determinarán la forma en que estos sujetos deberán rendir cuenta para el efectivo control.»

En suma, las empresas de servicios públicos, en las cuales intervienen fondos y/o bienes públicos son sujetos de control fiscal indistintamente de su clase, modalidad o estructura que posea, así como del régimen que le sea aplicable, teniendo en cuenta, que el objeto del control fiscal está destinado a salvaguardar el erario.

Como se expuso en la parte introductoria de este documento, la Auditoría General de la República no puede establecer si el proceso de auditoría que la Contraloría Departamental del Chocó realiza a la Empresa de Servicios Públicos de Novita, está acorde o no con la naturaleza de esa empresa, pues teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia.

Ahora respecto a la publicación de los procesos de contratación de empresas de servicios públicos en la plataforma SECOPII, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 adicionó al artículo 13 de la Ley 1150 de 2007 el siguiente inciso, así:

«Artículo 13. **PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.** Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En desarrollo de los anteriores principios, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública -SECOPII- o la plataforma transaccional que haga sus veces. Para los efectos de este Artículo, se entiende por actividad contractual los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual.



A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se establecerá un periodo de transición de seis (6) meses, para que las entidades den cumplimiento efectivo a lo aquí establecido.»

Además, en concepto C-294 de 2023 del 18 de enero de 2024 expedido por Colombia Compra Eficiente respecto a la obligación de publicar la actividad contractual en el SECOPII de las entidades estatales, establece que:

«En cuanto a los documentos que deben publicarse en el SECOP II, la norma citada hace referencia a los documentos relacionados con su actividad contractual, es decir, “[...] los documentos, contratos, actos e información generada por oferentes, contratista, contratante, supervisor o interventor, tanto en la etapa precontractual, como en la contractual y la postcontractual”. En ese sentido, el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022 establece el deber de publicar toda aquella información relacionada con el respectivo contrato, sin incluir ninguna excepción relacionada con la naturaleza u objeto. Por lo tanto, la publicidad de los contratos exceptuados del Estatuto General de que trata el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022, requiere que se publique en el SECOP II todo documento expedido durante las diferentes etapas del proceso contractual, abarcando desde la fase previa a su celebración, pasando por la ejecución y hasta la fase posterior a su ejecución.» (Subrayado fuera de texto).

En suma, las empresas de servicios públicos están en la obligación de publicar su actividad contractual en SECOPII pues, aunque son una tipología especial de entidades públicas que tienen un régimen y una naturaleza jurídica propia, son sociedades por acciones que al administrar recursos públicos deben cumplir con lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 2195 de 2022.

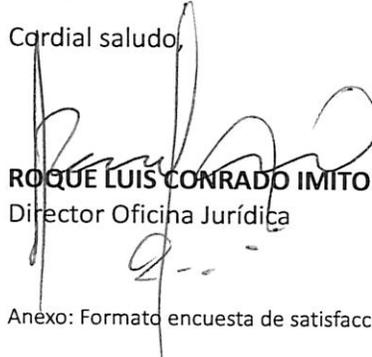
En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas. El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

«...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**» (Negrilla fuera de texto)



Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 # 69-76, Ed. Elemento, Torre 4 (Agua), Pisos 17 y 18 Bogotá, Cundinamarca o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y rfaevedo@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y las contraseñas d7242da3 también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Cordial saludo,



ROQUE LUIS CONRADO IMITOLA
 Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido
Proyectado por:	Raúl Francisco Acevedo Wilches
Revisado por:	Roque Luis Conrado Imitola
Aprobado por:	Roque Luis Conrado Imitola
Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.	