



Radicado No: 2020100008411

Fecha: 04-05-2020

Bogotá,
110

Doctores
DIANA CAROLINA VERA SALCEDO
Contralora Departamental del Guainía
SERGIO ANTONIO CASTRO REY

Jefe Oficina Control Fiscal
Calle 15 nro. 7-33 Piso 2
Inírida - Guainía

Referencia: Concepto 110.16.2020
SIA – ATC 012020000155
Cuota de Fiscalización – Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios - Patrimonios
Autónomos.

Respetados doctores:

La Auditoría General de la República recibió el requerimiento señalado en la referencia, radicado en la entidad con el nro. 2020-233-000830-2 del 16 de marzo de 2020 y SIA-ATC 2020000155, con el asunto: *“Solicitud concepto sobre el cálculo de los ingresos de una empresa de servicios públicos – Gestor plan agua para la prosperidad – Plan Departamental de Aguas”*, en el que solicita se profiera concepto relacionado con el siguiente cuestionamiento:

“(…)

¿A cuáles son los ingresos a tener en cuenta, según los datos reportados en el formato F-06 AGR, para el cálculo de la cuota de fiscalización a la Empresa de Servicios Públicos del Guainía ESCALAR S.A.S. E.S.P.?

Dicha consulta se hace con el propósito de tener claridad, sobre los ingresos a tener en cuenta para el cálculo de la cuota de fiscalización a la Empresa de Servicios Públicos, vigilados por éste ente de control.”

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, 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; por lo tanto, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Por lo anterior, con el fin de dar respuesta a su requerimiento, nos permitimos abordar el asunto presentado por usted, de manera general y abstracta.

Sea lo primero señalar, que de conformidad con lo establecido en la Ley 610 de 2000, son sujetos de la responsabilidad fiscal

En primer lugar, es preciso recordar la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley 42 de 1993, así:

“ARTÍCULO 2o. Son sujetos de control fiscal los órganos que integran las ramas legislativa 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 Constitución 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 personas jurídicas y cualquier otro tipo de organización o sociedad que maneje recursos del Estado en lo relacionado con éstos y el Banco de la República. Se entiende por administración nacional, para efectos de la presente ley, las entidades enumeradas en este artículo.” (Subrayado fuera de texto)

Es claro con esta disposición, que se puede ubicar a las empresas de servicios públicos como sujetos de control fiscal. Así mismo, el Consejo de Estado¹, en providencia que resolvió un recurso de apelación, analizó la legalidad del cobro de la cuota de fiscalización a las empresas de servicios públicos y, al respecto, señaló:

“La norma en mención estableció, además de la autonomía de la Contraloría para fijar su presupuesto, que el pago de la tarifa de control fiscal le corresponde a aquellas entidades y empresas sujetas a la vigilancia y control fiscal, las cuales fueron determinadas en el artículo 2º de la Ley 42 de 26 de enero de 1993 “Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”, en los siguientes términos:

(...)

Y el artículo 4º del Decreto Ley 267 de 2000, “Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. María Elizabeth García González, Radicación número: 13001-33-31-004-2004-00575-01. Bogotá, 15 de diciembre de 2016

orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”, dispuso:

ARTICULO 4. SUJETOS DE VIGILANCIA Y CONTROL FISCAL. Son sujetos de vigilancia y control fiscal por parte de la Contraloría General de la República²:

(...)

9. Las entidades u organismos que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público tanto del sector central como del descentralizado por servicios, del orden nacional, conforme a lo previsto en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998;

10. Las demás entidades públicas y territoriales que administren bienes o recursos nacionales o que tengan origen en la Nación;

(...)

De conformidad con la Ley 489 de 1998, reguladora de la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, las reglas relativas al régimen de las entidades descentralizadas se aplican, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia constitucionalmente (parágrafo del artículo 2º). Por su parte, el parágrafo 1º del artículo 68 ibídem prevé que - en los términos del inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política - el régimen jurídico previsto para las entidades descentralizadas del orden nacional 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.

De conformidad con las normas transcritas, es claro que la calidad de sujeto de control fiscal se deriva del manejo de fondos, bienes o recursos públicos que las entidades tengan a su cargo; la norma únicamente condicionó su cobro a que el organismo obligado esté sujeto al control fiscal.

(...)

(...), la Sala reitera los considerandos expuestos en la Sentencia del 10 de abril de 2014 radicado 25000-23-27-000-2008-00064-01 M.P. María Claudia Rojas Lasso, en los que se desarrolló con detenimiento el anterior argumento de inconformidad, en los siguientes términos:

² De conformidad con lo señalado en el artículo 272 de la Constitución Política, “La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. (...)”, artículo modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo nro. 004 de 2019, el cual quedó de la siguiente manera: “La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.”

(...)La Sala concluye que de acuerdo con el porcentaje de participación del capital público en esta empresa, estaba sujeta al control fiscal por el ente de control a nivel nacional sobre los bienes y aportes que constituyen dicho porcentaje en el capital social de la actora, como quiera que el control fiscal se ejerce sin tener en consideración la naturaleza jurídica de la empresa, sino que está enfocado hacia la vigilancia sobre el adecuado manejo de la gestión fiscal respecto de dichos bienes y aportes públicos. Siendo entonces (...) S.A. E.S.P., una empresa de servicios públicos domiciliarios privada, **por el hecho de tener en su haber societario dineros del Estado, es sujeto pasivo de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República, motivo por el cual estaba sometida al pago de la tarifa de control fiscal que le fue fijada en los actos administrativos demandados**". (Resalta la Sala fuera de texto).

Además no puede perderse de vista el contenido del artículo 27 numeral 4° de la Ley 142 de 1994, que establece lo siguiente:

*"ARTÍCULO 27. La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:
(...)*

27.4. 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 resto del 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. (Subraya la Sala en esta oportunidad)

(...)

También en relación con el tema referente al control fiscal de las Contralorías y al pago de las cuotas de fiscalización por dicho concepto, al cual se encuentran sometidas las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, la Sala prohíja la sentencia de 6 de diciembre de 2007 (Actor: Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P., de naturaleza mixta; Expediente núm. 2002-00291-01, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), en la cual se dijo:

"Resulta oportuno resaltar que si bien es cierto que en este caso la actora no tiene el carácter de empresa de servicios públicos oficial, donde el aporte oficial es del 100%, sino que se trata de una sociedad de economía mixta, no lo es menos que por estar conformado su patrimonio con aporte oficial, en razón del mismo se aplica la vigilancia de la Contraloría respectiva y, por ende, nace la obligación del pago de la cuota de auditoría. (Resalta y subraya la Sala en esta oportunidad).

(...)”

La Sala concluyó en esta oportunidad que “si las empresas de servicios públicos domiciliarios son sujeto pasivo del control fiscal, no existe razón lógica valedera que impida considerar que también lo son del pago de la cuota de auditaje”. (Subrayado del texto original).

Así las cosas, conforme el examen realizado por el Consejo de Estado, las empresas de servicios públicos conformadas, en algún porcentaje, con recursos públicos, es sujeto de la vigilancia de su gestión fiscal y, en consecuencia, sujeto de pago de cuota de auditaje o de fiscalización.

De otra parte, la Ley 142 de 1994 en su artículo 17 señala la naturaleza de las Empresas de servicios públicos, y al respecto indica que son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de servicios públicos de que trata la Ley, mientras que el inciso 2 del párrafo 1º de este mismo artículo se refiere a la manera de aprobación del presupuesto, en los siguientes términos:

“Mientras la ley a la que se refiere el artículo 352 de la Constitución Política no disponga otra cosa, sus presupuestos serán aprobados por las correspondientes juntas directivas. En todo caso, el régimen aplicable a las entidades descentralizadas de cualquier nivel territorial que presten servicios públicos, en todo lo que no disponga directamente la Constitución, será el previsto en esta Ley. La Superintendencia de Servicios Públicos podrá exigir modificaciones en los estatutos de las entidades descentralizadas que presten servicios públicos y no hayan sido aprobados por el Congreso, si no se ajustan a lo dispuesto en esta Ley.”

A su turno, el artículo 352 de la Constitución Política dispone:

“ARTICULO 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.”

Así las cosas, aun cuando se trata de una entidad del orden territorial, debe sujetarse a lo dispuesto en lo pertinente, en la ley orgánica del presupuesto, la cual regula lo referente a la “programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos de la nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo y su coordinación con el plan nacional de desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.”

Ahora bien, en relación con los patrimonios autónomos, encontramos que a través de la Ley 1176 de 2007, conforme a los lineamientos del documentos CONPES 3463 del 12 de marzo del mismo

año, se abrió la posibilidad de constituir patrimonios autónomos para la administración de los recursos de la nación, los departamentos y los municipios, destinados al sector de agua potable y saneamiento básico, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 12. CONSTITUCIÓN DE PATRIMONIOS AUTÓNOMOS. Los departamentos, distritos y municipios podrán, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones con destinación al Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, constituir patrimonios autónomos con el fin de garantizar proyectos de inversión de mediano y largo plazo dirigidos a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo a sus habitantes, en los eventos en los que les corresponda asegurar su prestación.

ARTÍCULO 13. GIRO DE LOS RECURSOS DE LA PARTICIPACIÓN PARA AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO. Los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico serán transferidos directamente a los departamentos, distritos y municipios.”

Con base en esta normativa, se dio paso al trámite de constitución del Consorcio Fiduciario denominado Patrimonio Autónomo FIA - Fondo de Inversiones en Agua (PA FIA).

De acuerdo con el documento “Evaluación de la Política de Planes Departamentales para el Manejo Empresarial de los servicios de Agua y Saneamiento –PDA”, elaborado por la Contraloría General de la República³, las implicaciones de la transferencia de recursos a la Fiducia, tiene las siguientes características:

“El PA FIA es una Fiducia Mercantil que implica que los recursos allí depositados salgan del dominio del fideicomitente (departamentos y municipios) para quedar radicados completamente en el patrimonio autónomo, perdiendo el derecho de dominio mientras dure la finalidad para el cual fue vinculado. En éste se mantendrán todos los recursos, separados jurídica, patrimonial y contablemente del resto de los activos del fiduciario, de tal manera que los recursos girados al patrimonio autónomo quedan por fuera de la prenda general de los acreedores, lo cual 68 La viceministra era la Dra. Leyla Rojas Molano 69 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Circular 5000 – 2 – 115372. 26 de Septiembre de 2008. 64 Contralorías Delegadas Medio Ambiente, Minas y Energía y Social, Economía y Finanzas asegura que las inversiones que se realicen sólo responderán a la finalidad pactada en el contrato fiduciario.

(...)

Para acceder al esquema de PA FIA los entes territoriales (municipios y distritos) deben vincularse por medio de los Departamentos como fideicomitentes indirectos. Lo que significa que su participación se limita a la definición y transferencia de los montos comprometidos respaldados por diferentes fuentes y a la aprobación, mediante acta de concertación de los diagnósticos y diseños que

3

realiza el Gestor (Departamento) en colaboración con las Gerencias Asesoras. Es decir, no participa en ningún momento del ciclo de contratación de las obras que se ejecutarán en su jurisdicción.”

La Ley 80 de 1993, regula el contrato fiduciario, así:

Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental o el Concejo Municipal, según caso. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-086 de 1995.

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta Ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.” (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo hasta ahora anotado, los patrimonios autónomos o contratos de fiducia pública, tienen la mera tenencia de los recursos entregados por los entes territoriales, para que los manejen y administren, de acuerdo con el objeto contractual, por lo que lo señalado en el parágrafo 3 del artículo 21 de la Ley 1450 de 2011, en el sentido de que “*Los recursos girados por las entidades aportantes a los Patrimonios Autónomos constituidos para la administración de los PDA, se entienden ejecutados al momento del giro y con cargo a los mismos se atenderán los gastos asociados a los PDA.*”, se entiende que esos recursos se entienden ejecutados para la entidad aportante, y ya que los recibe el patrimonio autónomo, éste atenderá los gastos asociados a los PDA.

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.

Los conceptos de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultados en nuestra página web www.auditoria.gov.co, siguiendo la ruta <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>.

Cra. 57C No. 64A - 29, Barrio Modelo Norte, Bogotá D.C.

PBX: [571] 3186800 - 3816710 - Línea gratuita de atención ciudadana: 018000-120205

[f](#) auditoriageneral [t](#) auditoriagen [g](#) auditoriagen [i](#) auditoriageneralcol

participacion@auditoria.gov.co

www.auditoria.gov.co

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 Carrera 57 C Nro. 64-A-29 de Bogotá o a los correos electrónicos jurídica@auditoria.gov.co y mcgalindo@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 la contraseña e94a3885, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón *Consultar Solicitud* ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Por último, es necesario informarle al peticionario que en consideración a la expedición de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 por parte del Ministerio de Salud y de la Protección Social “*Por medio de la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan las medidas para hacer frente al virus*”, en la Auditoría General de la República, mediante Resolución Reglamentaria nro. 003 de 2020, fueron suspendidos los términos en todas las actuaciones administrativas a cargo de la Auditoría General de la República, desde el 17 hasta el 27 de marzo de 2020, término que posteriormente fue prorrogado con la Resolución Reglamentaria nro. 004 de 2020, desde el 28 de marzo hasta el 13 de abril de 2020.

No obstante la suspensión de términos en las normas señaladas, mediante la Resolución Orgánica nro. 005 del 31 de marzo de 2020, la señora Auditora General de la República dispuso modificar y adicionar los artículos 1 y 2 de la Resolución Reglamentaria nro. 004, quedando de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1º. *Modificar y adicionar el artículo 1º de la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020, expedida por la Auditoría General de la República, el cual quedará así:*

“ARTÍCULO 1º. Reanudar los términos para la Atención de Derechos de petición entendidos como: quejas, denuncias, reclamos, conceptos, solicitudes de información, denuncias de control fiscal, solicitudes de interés general y solicitudes de interés particular, entre otros.

(...)”

ARTÍCULO 2º. *Modificar y adicionar el artículo 2º de la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020, el cual quedará así:*

“Suspender la atención al público de manera presencial en el Nivel Central y en las Gerencias Seccionales de la Auditoría General de la República y prestar los servicios mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.”

Conforme lo anterior, los términos suspendidos desde el 17 de marzo de 2020, fueron reanudados a partir del 31 de marzo de 2020 para la atención de derechos de petición, sin embargo, debe

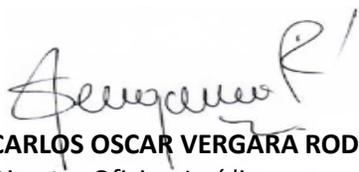
tenerse en cuenta la ampliación de que trata la misma Resolución Reglamentaria nro. 005, en su artículo 6, así:

“ARTÍCULO 6º. Las peticiones que se encuentran en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

(...)”.

Por lo anterior, la presente respuesta se brinda dentro de los términos establecidos en la Ley 1755 de 2015.

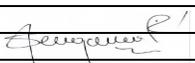
Atentamente,



CARLOS OSCAR VERGARA RODRÍGUEZ

Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Martha Galindo		27/04/2020
Revisado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		27/04/2020
Aprobado por:	Carlos Oscar Vergara Rodríguez		27/04/2020
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.			