

16000-

153

03 MAR 2010

**PARA:** Dra. MARIANNE ENDEMANN VENEGAS  
Directora Sector Hábitat y Servicios Públicos

**DE:** Jefe Oficina Asesora Jurídica

**ASUNTO:** Control fiscal a Gas Natural S.A. ESP.

**REF.:** Memorando 13000-201015126 del 23 de Febrero de 2010.

A efecto que la dirección a su cago consolide la respuesta solicitada, relacionada con el documento de la referencia, me permito hacer las siguientes consideraciones:

Sobre el tema materia de la consulta formulada, el señor contralor, mediante el oficio radicado con el número 201004986 del 28 de Enero de 2010, dirigido a la doctora Margarita L. Castro N. absolvió el Derecho de Petición 23-10, el cual anexo, al que respetuosamente me remito.

No obstante y efecto de dar alcance a los argumentos allí esgrimidos, me permito recordar que frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios en las cuales la participación de Bogotá D.C. es mínima<sup>1</sup>, como es el caso de Gas Natural S.A. ESP, el control fiscal a cargo de la Contraloría de Bogotá D.C., se debe encaminar a la protección del patrimonio distrital allí comprometido, lo cual se deriva del aporte hecho por el sector público al capital y se extiende a los derechos que aquél confiere sobre el resto del patrimonio y los dividendos que puedan corresponderle, entendiéndose que se trata de un control frente a la gestión que se realiza en relación con los bienes que pertenecen al Distrito Capital por ser accionista.

En el indicado sentido, ha enseñado la Corte Constitucional<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> llamadas privadas por el Artículo 14.7 de la Ley 142 de 1993

<sup>2</sup> Sentencia C-290 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

**“Al rescate de la moral y la ética pública”**

www.contraloriabogota.gov.co

Cra 16 N° 79 - 34

PBX: 219 39 00

*E. Lafaurie*  
13.03.10  
9:30



CONTRALORÍA  
DE BOGOTÁ, D.C.

47

*"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".(negritas y subrayado fuera de texto).*

Dentro de este contexto, el pago por concepto de las multas impuestas por los organismos de vigilancia administrativa como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a un sujeto de control fiscal como Gas Natural S.A. ESP, fue materia de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado<sup>3</sup>, en los siguientes términos:

*"En términos generales el daño patrimonial se presenta cuando "la agresión golpea un interés que hace parte del patrimonio o un bien patrimonial o afecta al patrimonio, por disminución del activo o por incremento del pasivo"<sup>4</sup>. En materia de responsabilidad fiscal, esto no es diferente, ya que el daño aparece cuando se produce una lesión, menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos de una entidad u órgano público, por una gestión antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna de quienes tienen a su cargo la gestión fiscal. (Artículo 6º de la ley 610 de 2000).*

*En el caso concreto del pago de multas, sanciones e intereses de mora entre entes de carácter público, hay que determinar si ellos se produjeron por la conducta dolosa, ineficiente, ineficaz o inoportuna o por una omisión imputable a un gestor fiscal. Si así se concluye, surge para el ente que hace la erogación, un gasto injustificado que se origina en un incumplimiento de las funciones del gestor fiscal. Es claro, entonces, que dicho gasto implica una disminución o merma de los recursos asignados a la entidad u organismo, por el cual debe responder el gestor fiscal.*

*No sobra enfatizar en este punto, que la Constitución y el régimen de control fiscal vigente no consagran la responsabilidad fiscal objetiva de los servidores públicos,*

<sup>3</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Dr. Gustavo Aponte Penagos. Rad. 1852 del 15 de Noviembre de 2007.

<sup>4</sup> Henao, Juan Carlos. El Daño. Universidad Externado de Colombia. 1998.

**"Al rescate de la moral y la ética pública"**

[www.contraloriabogota.gov.co](http://www.contraloriabogota.gov.co)

Cra 16 N° 79 - 34

PBX: 219 39 00



CONTRALORÍA  
DE BOGOTÁ, D.C.

de manera que para que ella se pueda declarar, se requiere, en todo caso, que en el proceso de responsabilidad fiscal que se adelante se pruebe fehacientemente la existencia de los tres elementos que la integran, vale decir, el daño patrimonial, representado en este caso, por el monto de los recursos que la entidad u organismo tuvo que pagar por concepto de multas, sanciones o intereses de mora, "la conducta dolosa o gravemente culposa" del servidor y el nexo causal entre los dos anteriores (artículo 5º de la ley 610 de 2000)".

Concluye el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en el citado pronunciamiento:

*"El conjunto normativo transcrito, es decir, las disposiciones del régimen fiscal y las de carácter orgánico contenidas en el decreto 111 de 1996, que para la doctrina son la génesis del derecho fiscal como disciplina autónoma<sup>5</sup>, lleva a la Sala a reiterar que constitucional y legalmente el órgano de control fiscal está obligado a investigar la eventual responsabilidad del gestor fiscal cuando se pagan multas, sanciones o intereses de mora por causa de un incumplimiento de las obligaciones adquiridas por las entidades u organismos públicos". (subrayado fuera de texto).*

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada, quedando pendiente aludir al tema específico de la adopción del plan de mejoramiento que el citado sujeto de control fiscal debe adoptar, asunto de su competencia.

Cordial saludo,

ORIGINAL FIRMADO POR  
CAMPO ELIAS ROCHA LEMUS

CAMPO ELÍAS ROCHA LEMUS

Anexo: 9 folios.  
Proyectó.: Otoniel Medina Vargas.

<sup>5</sup> Amaya Olaya, Uriel Alberto. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Universidad Externado de Colombia. 2002.

"Al rescate de la moral y la ética pública"

www.contraloriabogota.gov.co  
Cra 16 N° 79 - 34  
PBX: 219 39 00



CONTRALORÍA  
DE BOGOTÁ, D.C.

11000

*Do. Daniel Medina*  
*-prepara respuesta-*  
*23/02/10*  
49

PARA: Doctor CAMPO ELÍAS ROCHA LEMUS  
Jefe Oficina Asesora Jurídica  
Doctora MARIANNE ENDEMANN VENEGAS  
Directora Sector Hábitat y Servicios públicos

DE: DIRECTOR DE APOYO AL DESPACHO

ASUNTO: Plan Mejoramiento.

REF: Oficio radicado en este Despacho con el No. 201010980  
del 15 de febrero de 2010

Por instrucciones del Señor Contralor, para que se estudie y emita concepto, comedidamente le remito el oficio de la referencia, suscrito por el doctor PEDRO MANUEL RUIZ LECHUGA, Representante Legal Gas Natural, mediante el cual formula algunas apreciaciones relacionadas con el control fiscal que ha ejercido la Contraloria de Bogota sobre dicha entidad.

Cordial saludo,

*[Handwritten signature]*  
EDUARDO FARID PÁEZ MORENO

Anexo: ( 3 folios )

Proyectó: Luz Stella Cosme

OFICINA ASESORA  
JURIDICA

10 FEB 23 P2:43

CONTRALORIA DE  
BOGOTA D.C.

"Al rescate de la moral y la ética pública"

www.contraloriabogota.gov.co  
Cra 16 N° 79 - 34  
PBX: 219 39 00

*23 Febrero / 10*  
*4:47 P.M.*

gasNatural

CONTRALORIA DE BOGOTA D.C. Folios: 3 Anexos: 53  
Radicación # 201010980 Fecha 2010-02-15 15:40 PROC # 171802  
•Tercero : (712) GAS NATURAL S.A. ESP  
Dependencia : DIRECCION SECTOR HABITAT Y SERVICIO PUBLICOS  
Trámite : Plan de mejoramiento 690CS



10150610-1005-2010

Bogotá, 15 de febrero de 2010.

*10-1005-2010  
ASISTENTE*

Doctora:  
**MARIANNE ENDEMANN VENEGAS.**  
Directora de Hábitat y Servicios Públicos.  
Carrera 16 No. 79-34.  
Ciudad.

Asunto: Plan de Mejoramiento.

Respetada doctora:

Atendiendo a lo acordado en reunión efectuada el 4 de febrero en el despacho de la Dirección de Hábitat y Servicios Públicos de la Contraloría de Bogotá D.C., con relación a la adopción de un plan de mejora que permita tomar acciones que se constituyan en un mecanismo adecuado para verificar su cumplimiento, nos permitimos insistir en los argumentos planteados ante su despacho y el del señor Contralor Distrital, en el sentido de que el artículo 50 de la ley 142 de 1994, modificado por el artículo 5 de la ley 689 de 2001, limita el alcance de la competencia de las Contralorías a los aportes y los actos o contratos que versen sobre la gestión del Estado en su calidad de accionista, y excluye expresamente la competencia sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios, razón por la cual no resulta procedente fijar acciones y procedimientos para ser incluidos en un plan de mejora para ser verificados por la Contraloría Distrital y procurar con ello que no se impongan nuevas sanciones por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en temas relacionados con silencios administrativos positivos por la atención de peticiones, quejas y recursos interpuestos con ocasión de la prestación del servicio y por actuaciones que tengan que ver con la prestación de éste, como es el caso de la atención de emergencias, la revisión técnica reglamentaria y los procesos de recuperación de consumos por anomalías o fraudes de los usuarios del servicio, adicionalmente, por cuanto:

- 1 La Empresa considera que no incurrió en los errores señalados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al imponer las sanciones resaltadas por la Contraloría en su informe, razón por la cual la Empresa las demandó ante el contencioso administrativo y en una de ellas ya se logró un pronunciamiento judicial favorable a Gas Natural S.A., ESP en primera instancia, por lo que no resulta procedente desarrollar un plan de mejora sobre aspectos del servicio que se están ejecutando de manera adecuada.

# gasNatural



2. Como se informó en la respuesta al informe preliminar y a los hallazgos con incidencia fiscal y disciplinario, la eficiencia en los procesos de PQR se encuentra por encima del 99%, resultando prácticamente imposible mejorar, y en los que resulta apenas normal que por el cumulo de actuaciones (más de 350.000 anuales) se presenten eventuales errores aislados (8 o 10) que no tienen la capacidad, por no ser representativos, de cambiar o incluir procedimientos que han mostrado ser eficientes.
3. Adicionalmente, el artículo 370 de la Constitución Política consagra que al Presidente de la República le corresponde señalar con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la vigilancia y el control de las entidades que presten dichos servicios públicos, competencia desarrollada en la Ley 142 de 1994, modificada por la ley 689 de 2001.
4. Que, conforme con lo anterior, si se diseñara un plan de mejora en los términos solicitados por la Contraloría Distrital, se estarían incluyendo y verificando aspectos operativos de la prestación del servicio público domiciliario, actuaciones sobre las que, como se ha dicho, la Contraloría no tiene competencia y por el contrario se estaría invadiendo el campo de actuación que conforme con la Constitución Política y a la ley le corresponden ejercer a otra autoridad pública, esto es, a la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios.

Respecto de la competencia sobre el control fiscal que deben ejercer las Contralorías en las empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza privada con aportes minoritarios directos o indirectos de una entidad pública y el control constitucional sobre el tema, nos permitimos llamar la atención de la Contraloría Distrital respecto de la interpretación realizada mediante comunicación de esa entidad No. 201004986 de fecha 28 de enero de 2010, por medio de la cual el señor Contralor Distrital responde al derecho de petición radicado por esta Empresa, por cuanto no se encuentra acorde con lo previsto en la ley, con el pronunciamiento de la Corte Constitucional y en contravía del procedimiento adoptado por la Contraloría General de la República mediante el Audite que fue recientemente expedido y con los pronunciamientos realizados por esta última entidad a través de conceptos de su oficina jurídica anexos, uno de ellos firmado por el actual Auditor General de la República y que se resumen en la ponencia que el Señor Contralor General presentó en el año 2009 en el congreso de Andesco, anexa, de la que destacamos los siguientes apartes:

Es de recordar que el Constituyente definió a la ley la definición de "los procedimientos, sistemas y principios" que el ente de control deberá utilizar en la realización de su labor fiscalizadora; y es precisamente ella la que en materia de control fiscal a las Empresa Prestadoras de Servicios Públicos exige que el control se realice sobre los aportes entregados por el Estado, y sobre los derechos de allí derivados.



# gasNatural

Evidentemente el artículo 5 de la Ley 689 de 2001, modificatorio del artículo 50 de la ley 142 de 1994, declarado exequible por la Corte Constitucional, establece que el Control Fiscal a las Empresas Prestadoras de Servicios públicos de Naturaleza Privada y Mixta se ejerce sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las Gestiones del Estado en su calidad de accionista **exclusivamente**

Dicha disposición legal, que ya fue objeto de control Constitucional, reconoce el límite que la misma Constitución Política le establece al órgano de Control: "los recursos públicos". Es claro que pretender extender el Control Fiscal a los recursos privados por el solo hecho de estar en concurrencia con los recursos públicos, desconocería la misión del Control y afectaría gravemente la iniciativa privada reconocida constitucionalmente.

En la revisión de constitucionalidad al artículo 5 de la ley 689 de 2001, se establecieron precisos parámetros de control, y en una demostración de equilibrio y razonabilidad jurídica preservó el derecho constitucional de los habitantes del territorio Nacional a la libre empresa e iniciativa privada a la vez que protegió, en beneficio del bien común, la función del control fiscal; **por ello no le es dable a este tipo de Empresas prestadoras de Servicios Públicos establecer limitantes en la entrega de la información necesaria para el análisis de los recursos públicos a ellas entregados a títulos de aportes, ni a los órganos de control ejercer su función Fiscalizadora más allá de la ley adentrándose en aspectos o información no relacionada con el aporte o el aportante estatal.** (resaltado fuera de texto original)

Conforme con todo lo indicado, le solicitamos, una vez más, de manera expresa a la Contraloría Distrital, que: i.) Se abstenga de dar traslado a la misma entidad y a la Personería de Bogotá de los eventuales hallazgos administrativos con incidencia fiscal y disciplinaria por tener su origen en la prestación del servicios público domiciliario, aspecto sobre el que la ley 142 de 1994 y 689 de 2001 y la jurisprudencia constitucional restringen la competencia de la Contraloría Distrital, ii.) La no adopción de un plan de mejora en los aspectos señalados, por las razones expuestas en esta comunicación y principalmente por ser competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no de la Contraloría Distrital y iii.) Que se adopte un procedimiento para ejercer el control fiscal a Gas Natural S.A., ESP conforme con la legislación especial para este tipo de empresas y teniendo en cuenta los límites establecidos en el artículo 5 de la ley 689 de 2001.

Cordialmente

**PEDRO MANUEL RUIZ LECHUGA**  
Representante Legal (S)  
Gas Natural S.A., ESP.  
Copia Contraloría de Bogotá D.C.  
Miguel Ángel Moralesrussi Russi