

80112-EE24714

Bogotá, D.C., Abril 06 de 2011.

Doctora
VERÓNICA GÓMEZ CORENA
Directora Jurídica
ENERGUAVIARE
Calle 8 No. 23-55
San José del Guaviare

ASUNTO: EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.
CONTROL FISCAL APLICABLE.

Conocemos su oficio sin número, de fecha 16 de febrero de 2011 y recibido en la Contraloría General de la República, Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, con cordis 2011ER14395 de 21 de febrero de 2011, mediante el cual en ejercicio del derecho de petición, hace la siguiente consulta:

“...1. Está obligada a presentar a la Contraloría Departamental del Departamento del Guaviare la Cuenta Anual consolidada, llenando todos los formatos que para ello dispuso dicha Entidad? (Esta en la página web de la Contraloría Departamental).

2. Es sujeto de auditoría integral por parte de la Contraloría Departamental del Guaviare, donde se evalúen los procesos de: Plan de Gestión y Resultados, Control Interno, Talento Humano, Recursos Físicos, Contratación, Presupuesto y Tesorería?.

3. Se le aplica el SICE?.

4. Se le aplica el MECI 1000:2005?.”.

Para responder las anteriores inquietudes, consideramos del caso precisar:

1. De conformidad con 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. Igualmente indica el mencionado artículo que dichas contralorías territoriales tendrán en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República.

En otras palabras, las contralorías territoriales tienen total independencia y autonomía para el ejercicio del control fiscal sobre los recursos del orden correspondiente y la Contraloría General de la República solamente tiene competencia sobre los mismos, cuando se trata del ejercicio del control excepcional de que trata el artículo 26 de la Ley 42 de 1993.

2. Respecto a la facultad que tiene la Contraloría General de la República de ejercer control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, precisamos:

- Naturaleza Jurídica de las Empresas de Servicios Públicos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, son sociedades por acciones, cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias.

El artículo 14 de la misma disposición las clasifica en oficiales, mixtas y privadas, esta clasificación obedece a la participación pública o privada en el capital de la empresa. En igual forma, la ley prevé la posibilidad de que éstas participen como socias en otras empresas de esta naturaleza (servicios públicos).

De otra parte, el artículo 19 ibídem, establece su régimen jurídico y en el numeral 17, se alude a las empresas con capital mixto, es decir, aquellas cuya composición accionaria está integrada por capital público y privado; al referirse a los aportes estatales la disposición señala, que aquellos que consistan en el usufructo de bienes vinculados a la prestación del servicio, en relación con su suscripción avalúo y pago, se regirá por el derecho privado.

El modelo empresarial adoptado por la ley en este caso (empresas oficiales o con capital mixto, en donde existe participación del Estado), se adapta al régimen administrativo establecido en la Constitución Política de Colombia y la ley, de conformidad con lo ordenado por el artículo 68 de la Ley 489 de 1998.

En relación con el régimen de las empresas de servicios públicos, en esta materia, se remite al Código de Comercio y a las disposiciones que en forma especial se profieran sobre el tema, bajo criterios funcionales, por el objeto social de éstas, y en razón a que deben competir libremente y en igualdad de condiciones en el mercado con los particulares. En este entendido, se sustraen parcialmente de la aplicación de algunas normas que rigen para las entidades estatales, tales como el Estatuto de Contratación Pública, sin que ello implique una absoluta independencia normativa.

- Régimen contractual de las Empresas de Servicios Públicos.

En relación con el régimen contractual de estas empresas, la Ley 142 de 1994, en el artículo 31, se remite a lo estatuido en el párrafo 1° del artículo 32 del Estatuto Contractual, en consecuencia la celebración de contratos en estas

empresas se rige por el derecho privado, entendiendo por tanto, que las mismas no se someten a la aplicación de las normas de la Ley 80 de 1993.

La Ley 689 de 2001, en el artículo 3° al modificar el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, aclara algunas confusiones presentadas en la aplicación del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, contemplando expresamente que la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios no se sujetarán a las normas del Estatuto de contratación estatal salvo en lo expresamente regulado en esta disposición.

No se pretende con esta norma ni con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, una discrecionalidad absoluta otorgada por el legislador a estas empresas en materia contractual, sino que su intención es facilitar los procesos de estos sectores a fin de que se tornen eficientes y competitivos.

Es importante aclarar, que el legislador al expedir la Ley 142 de 1994 y la Ley 689 de 2001, determinó que el régimen de contratos regulados por estas normas, no es el de la administración pública, sino de los servicios públicos domiciliarios, que son prestados por las denominadas sociedades por acciones, personas jurídicas de derecho privado o público, o de cualquier otra forma de organización que adopten de conformidad con las normas que las rigen, y en este orden, requieren de reglamentación especial.

-Control Fiscal a las Empresas de Servicios Públicos.

El artículo 267 de la Constitución Política establece:

“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. ...”

De la disposición constitucional podemos inferir que la competencia de la Contraloría General de la República, se circunscribe al ejercicio de la vigilancia y control fiscal sobre el manejo de los fondos, bienes o valores del Estado del orden

nacional y excepcionalmente de los entes territoriales. En este contexto, es claro, que el ejercicio del control fiscal, no deviene de la naturaleza jurídica de la entidad controlada, ni de los sectores al que pertenezca, como tampoco el orden de la misma, el servicio que presta, o su régimen contractual, sino que el requisito para su ejercicio, es el manejo de los dineros del Erario Público, significa entonces, que el control fiscal se predica de las entidades públicas y particulares que manejen fondos o bienes públicos, y para el caso de la Contraloría General de la República, estos bienes, fondos o valores deben ser del orden nacional.

Sobre los alcances del control fiscal, la Corte Constitucional ha señalado:

“Con la promulgación de la Carta de 1991, la función pública del control fiscal adquiere una nueva dimensión en la medida de que la actividad debe orientarse dentro de la filosofía del nuevo Estado Social de Derecho en general, y específicamente dirigida a la aplicación de los principios de eficacia económica, equidad y valoración de los costos ambientales”¹

El nuevo enfoque del control fiscal se fundamenta en un control encaminado a vigilar la gestión fiscal de la administración, con miras a que se logren los fines esenciales del Estado.

Debemos entender el término administración, no como el órgano que realiza el manejo de los fondos o bienes públicos, sino en una interpretación amplia, como lo ha expresado la Corte Constitucional así:

“Donde quiera que haya bienes o ingresos públicos, deberá estar presente en la fiscalización el ente superior de control.”²

Bajo estos lineamientos, para el ejercicio del control fiscal no se requiere exclusivamente que la entidad sea estatal, y que esté regida por el derecho público, pues la fiscalización se contrae a la verificación del manejo de los fondos o bienes públicos, bien sea que los administre un ente público o un particular.

En cuanto al control fiscal a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, el artículo 5° de la Ley 689 de 2001, (después de la revisión de la Corte Constitucional), establece:

“El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista”.

¹ Corte Constitucional, sentencia C- 167 de 20 de abril de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

² *Ibidem*

Esta norma fue objeto de examen de constitucionalidad, de conformidad con la sentencia C- 290 de 2001, en la cual se traen los argumentos planteados en la sentencia C.-1191 de 2000, en donde la Corte analizó el artículo 37 del Decreto

Ley 266 de 2000, *“demandado por vicios de forma relacionados con el desbordamiento en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República, por el numeral 5 del artículo 1 de la Ley 573 de 2000, como por su contenido material por cargos fundados en la limitación del control fiscal en las empresas mixtas como en las de carácter privado en las que participa el Estado, los entes territoriales en sus entidades descentralizadas” (sentencia C- 290 de 2001).*

En este sentido la Corte expresó:

“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”.

(...)”.

Del análisis efectuado por la Corporación, es claro que las empresas de servicios públicos domiciliarios, son sujetos de control fiscal, en razón a que éstas manejan recursos públicos, y no es dable predicar que por el objeto de las mismas, o por su naturaleza jurídica, puedan sustraerse de la función fiscalizadora. Lo anterior, cuando la Corte se pronunció en esa oportunidad, respecto de los preceptos legales que hasta aquí se han enunciado.

Ahora bien, la Corte Constitucional explica la inexequibilidad del artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000, centrando su argumentación en las limitaciones al control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de naturaleza mixta y privada, introducidas por esta disposición legal, en tal sentido se expresa:

“(…)”

Entonces, la inexequibilidad del artículo 37 del Decreto 266 de 2000 se fundamentó en el límite que el legislador imponía al ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de éstas o aquéllas sobre los actos y contratos relacionados con las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante, al tener acceso el organismo de control solamente a los documentos que al final de cada ejercicio la

empresa coloca a disposición del accionista de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes”.

Tal como se plantea en la sentencia en comento, no puede haber restricciones en materia de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas y privadas, pues no puede restringirse la función fiscalizadora, la cual debe ejercerse en estas empresas, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Constitución, es decir en forma plena, sobre la empresa, y no sobre los documentos que al final de cada ejercicio se colocan a disposición del accionista de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio.

Por tanto, la Corte Constitucional, de acuerdo con los preceptos constitucionales, indica cómo debe realizarse el control fiscal, en las señaladas empresas (mixtas y privadas), en este orden la Corporación señaló:

“(…)

El artículo 5º de la Ley 689 de 2000, (sic) igualmente limita el ejercicio del control fiscal, pero sin hacer distinción alguna respecto del sujeto a controlar, por lo que resultan involucradas para dicho fin las empresas de servicios públicos mixtas y privadas sobre las cuales recayó la inexequibilidad declarada en Sentencia C-1191 de 2000. Por esta razón, respecto del límite impuesto al control fiscal respecto de ellas por la norma acusada opera la cosa juzgada constitucional, y por ello la Corte decidirá estarse a lo resuelto en este pronunciamiento”.

Del análisis que la Corte Constitucional realiza a las normas que ordenan el ejercicio de la función contralora en las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas y privadas, es claro que el control fiscal se debe realizar en forma plena, es decir, de conformidad con los sistemas de control establecidos en la Ley 42 de 1993, reglamentados por el Contralor General de la República, en aplicación de la facultad conferida en el numeral 1º del artículo 268 de la Constitución.

3. -Aplicación del SICE, en las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Mediante la Ley 598 de 18 de julio de 2000 se crea el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal, SICE, cuyo fin es la Vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen recursos públicos. Tal como lo establece la norma, el SICE es un sistema concebido y orientado fundamentalmente al ejercicio del control fiscal, de manera eficaz y moderna gracias al apoyo tecnológico, a fin de detectar en tiempo real el detrimento de los recursos públicos y así poderlo evitar.

El artículo 10. La disposición mencionada establece:

“Créase para la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan recursos públicos, el sistema de información para la vigilancia de la contratación estatal SICE, el catálogo único de bienes y servicios CUBS, y el registro único de precios de referencia, RUPR, los cuales serán establecidos por el Contralor General de la República”.

La disposición transcrita establece el campo de aplicación del SICE, que tiene como finalidad la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan recursos públicos, aun cuando la sigla indique: “...para la vigilancia de la contratación estatal”, pues el alcance es mucho más amplio que los meros contratos estatales, y es precisamente la vigilancia de todos aquellos contratos celebrados por quienes de alguna manera ejecutan o administran recursos públicos, cualquiera que sea su forma o naturaleza y régimen.

La anterior disposición es consecuente con la jurisprudencia de la Corte que hemos transcrito, en donde se precisa que la Contraloría General de la República tiene competencia para ejercer control y vigilancia fiscal en cualquier entidad pública o privada en donde haya participación o ejecución de recursos públicos, y el SICE, no es otra cosa que una herramienta de control fiscal al servicio del ente fiscalizador, la cual si estuviera limitada únicamente a los contratos estatales no acabaría el universo de entidades sujetos de control fiscal.

El SICE no pretende interferir en la contratación de la administración, toda vez, que el mismo es una herramienta para el ejercicio del control fiscal, en este contexto, es un sistema de información integral que relaciona todas las cifras relevantes en el proceso de contratación estatal, permitiendo que tanto los actores privados como los públicos, conozcan en tiempo real, que bienes y servicios compra el Estado, quien los produce, quién los vende y con qué frecuencia se producen las operaciones.

El artículo 14 del Decreto 3512 de 2003, “Por el cual se reglamenta la organización, funcionamiento y operación del Sistema de Información para la Vigilancia de la Contratación Estatal, SICE, creado mediante la Ley 598 de 2000”, señala las obligaciones que las entidades y particulares que manejan recursos públicos con régimen especial de contratación, tienen frente SICE, las cuales se concretan en:

- Inscripción. Las entidades y particulares se vincularán al SICE, de acuerdo al plan de ingreso progresivo establecido por el Comité para la Administración del SICE y a las instrucciones publicadas en el Portal del SICE. Surtido este trámite, el Operador entregará al representante legal el Password, según los procedimientos determinados en el Portal.

- Registro de Contratos. Las entidades y particulares deberán registrar en el Portal del SICE, dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes, de acuerdo con las instrucciones allí publicadas, los contratos celebrados en el mes inmediatamente anterior.

4. En cuanto a la aplicación del MECI, debemos remitirnos nuevamente al análisis efectuado sobre el ejercicio del control fiscal y en tal sentido, debemos reiterar que la función fiscalizadora debe ejercerse en forma plena y por consiguiente se realiza de manera integral sobre la proporción de capital público que las integre y por consiguiente las contralorías pueden requerir de manera amplia los documentos que consideren necesarios para ello.

Sobre la información que los entes de fiscalización requieren sobre el control interno, resulta claro que es una de las tareas que constitucional y legalmente corresponde vigilar y controlar (núm. 6 artículo 268 Constitución Política y artículo 9 de la Ley 42 de 1993), como en el caso de las ESP, según reza el artículo 46 de la Ley 142 de 1994.

En lo anteriores términos esperamos haber despejados sus inquietudes,

Cordialmente,

RAFAEL ENRIQUE ROMERO CRUZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Gloria Leonor Torres Gutiérrez.
Revisó: Juan Carlos Luna Rosero, Coordinador de Gestión.
Radicación: 2011IE13315