

Nuestra Misión: Vigilar la gestión sobre el manejo de los recursos públicos, generando una cultura de control fiscal inspirada en principios morales y éticos.

80112-EE23107

Bogotá, D.C., Abril 07 de 2010.

Doctor
ROBERT DEYVI PUIN ARCIA
E. Mail: rockapuín@hotmail.com
Calle 19 No. 10-12
Puerto Inírida, Guainía

ASUNTO: EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS. Naturaleza jurídica y control fiscal.

Ley 142 de 1994, artículo 50, modificado por el art. 5 de la Ley 689 de 2001. CONTROL FISCAL.- 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.

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.

Respetado doctor Puin:

1.-ANTECEDENTES

Recibimos el 26 de febrero de 2010, el oficio IE12069 fechado el día 24 del mismo mes y año, suscrito por la doctora Gladys Isabel Díaz Garavito, Directora de Atención Ciudadana de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana, remitiorio de la consulta por Usted formulada, donde pregunta lo que sigue:

“... solicito pronunciamiento sobre el alcance del control fiscal establecido en el artículo 50 de la Ley 142 de 1994. Específicamente sobre

Doctor ROBERT DEYVI PUIN ARCIA

2

la facultad de ejercer control fiscal directamente en la empresa de servicios públicos y no en las entidades públicas accionistas”.

2.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1.- Naturaleza Jurídica de las Empresas de Servicios Públicos.¹

De acuerdo 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.

Es así como, 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).

Ahora bien, el artículo 19, ibídem establece su régimen jurídico y en el numeral 17, se menciona 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 registrará por el derecho privado.

En lo atinente con el régimen de las empresas de servicios públicos, 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.

Por consiguiente, se sustraen parcialmente de la aplicación de algunas normas que rigen para las entidades estatales, tales como el Estatuto de

¹ Contraloría General de la República, Concepto Jurídico No. EE25199 de 22 de mayo de 2006

Doctor ROBERT DEYVI PUIN ARCIA

3

Contratación Pública, sin que ello implique una absoluta independencia normativa.

El modelo empresarial adoptado por la ley en este caso (empresas oficiales o con capital mixto, en donde exista 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. Sobre este aspecto, es preciso aclarar que el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, hace referencia a las Empresas de Servicios Públicos Oficiales.

Por su parte la Ley 489 de 1998 en el artículo 85 detalla que a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17; 27, numerales 2, 3, 4, 5 y 7 y 183 de la Ley 142 de 1994.

En estas circunstancias, el numeral 27 del artículo 19 de la citada norma, estimó que en el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados.

De cualquier forma el régimen jurídico de las empresas de servicios públicos está específico en la Ley 142 de 1994, en la cual se determina su prestación bien sea por el Estado o por los particulares. Sobre este aspecto se refirió el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“La Ley 142 de 1994 “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, estableció una nueva clase de entidad descentralizada por servicios, la de la empresa de servicios públicos oficial o mixta, consistente en una sociedad por acciones destinada a prestar los servicios públicos que regula esa ley, con un régimen jurídico especial (art. 19), siendo la oficial aquella en cuyo capital la

Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes y la mixta aquella en la cual la Nación o las mencionadas entidades tienen aportes iguales o superiores al 50% (L. 142/94, Art. 14, núms. 14.5 y 14.6, y 17).

De otra parte, la ley aludida dejó una opción a las entidades descentralizadas del orden nacional o de cualquier orden territorial, de que se transformaran en empresas de servicios públicos, esto es, sociedades por acciones dedicadas a prestar tales servicios, o en empresas industriales y comerciales del Estado, prestadoras de esos servicios (art. 17 con su parágrafo)."²

Sobre la naturaleza de las empresas de servicios públicos de carácter mixto, no existe claridad respecto de si las mismas se pueden incluir dentro de la estructura de la administración pública, lo cierto es que el artículo 68, en armonía con el 85 de la Ley 489 de 1998, hacen referencia a las oficiales.

2.2.- Control fiscal de las empresas de servicios públicos.³

Teniendo en cuenta lo ordenado en el artículo 267 de la Constitución Política, 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 los particulares o entidades que administren fondos o bienes de la Nación.

Es así como, el control fiscal no se ejerce de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad, del sector a que pertenezca o el orden de la misma, el servicio que presta o su régimen contractual, sino que el mismo se ejerce cuando la entidad o particular maneja o administra fondos o

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero Ponente: César Hoyos Salazar, 18 de diciembre de 1997, Radicación número 1066, Referencia: EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS. Facultades del Concejo Distrital para autorizar mediante acuerdo su asociación con otras empresas públicas o privadas. Alcance jurídico de tal autorización.

³ Contraloría General de la República, Concepto Jurídico No. EE 57156 de Septiembre 22 de 2008

Doctor ROBERT DEYVI PUIN ARCIA

5

bienes públicos, y para el caso de la Contraloría General de la República, los fondos, bienes o recursos deben corresponder al orden nacional.

Notamos como, no existe ninguna duda respecto de la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos privadas, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-736/07, septiembre 19 de 2007; Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA, cuando dijo:

“En tal virtud, si las 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.”

Desde este punto de vista, la ley desarrolla el precepto constitucional y en tal sentido la función fiscalizadora se ejerce de acuerdo con los lineamientos trazados en la Ley 42 de 1993, en donde se puntualizan las modalidades del control fiscal.

En lo que toca con la competencia para el ejercicio de la función fiscalizadora en las sociedades en comento, el artículo 5° de la Ley 689 de 2001 fija que el control fiscal en las empresas con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos y contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista.

Así mismo, debemos señalar que la norma no hace excepciones ni confiere el ejercicio del control fiscal de acuerdo a la participación del Estado en el monto del capital social, sino que en sentido genérico ordena que cuando en las empresas de servicios públicos domiciliarios exista capital público procede el control fiscal.

En lo que respecta a la intensidad del control fiscal, la Corte Constitucional al realizar el examen de constitucionalidad del mencionado artículo a través de la Sentencia C-290 de 2002, ordenó declarar la exequibilidad del mismo, bajo el entendido que para ejercer el control fiscal en las empresas de servicios públicos la Contraloría goza de amplias facultades, de manera tal que se le debe permitir tener acceso a

la información pertinente, necesaria y sin limitación alguna sobre toda la documentación en que se basan dichos actos y contratos.⁴

El control fiscal en las empresas de servicios públicos procede de acuerdo con lo ordenado en la Constitución, en la Ley 42 de 1993 y el artículo 5° de la ley 698 de 2001. Armonizando las disposiciones señaladas, vemos que el artículo 21 de la Ley 42 de 1993 prescribe que el control fiscal en las sociedades de economía mixta se cumple de acuerdo con la participación del Estado en el capital social, evaluando la gestión empresarial y estableciendo la aplicación de los principios del control fiscal contenidos en el artículo 8° de la misma disposición normativa.

Especifica igualmente la norma aludida, que en las sociedades distintas a las de economía mixta en que el Estado participe la vigilancia fiscal se realiza de acuerdo con lo previsto para las sociedades de economía mixta.

Por consiguiente, percibimos que las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones y de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, las mismas se clasifican en oficiales, mixtas y privadas. Para el caso de las empresas de servicios públicos oficiales el control fiscal es pleno toda vez que su capital es totalmente público, en cambio en las mixtas y privadas el ejercicio del control fiscal se debe realizar de conformidad con lo ordenado en el artículo 21 la Ley 42 de 1993, pero en el contexto de lo ordenado en el artículo 5° de la Ley 689 de 2001 y la Sentencia C-290 de 2002.⁵

3.- CONCLUSIONES

Las empresas de servicios públicos constituidas como sociedades conforman una persona jurídica distinta de los socios individualmente

⁴ 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. (Sentencia C-290 de 2001).

⁵ Contraloría General de la República, Concepto Jurídico No. EE55849, Octubre 05 de 2009.

Doctor ROBERT DEYVI PUIN ARCIA

7

considerados, su participación en las mismas se realiza a partir de un aporte el cual le permite recibir utilidades de la actividad social que desarrolla la empresa. El derecho de los participantes en la sociedad se encuentra representado en acciones, título valor que legitima el ejercicio de su derecho. Si una Empresa de Servicios Públicos se encuentra constituida por capital mixto es decir, público y privado, el porcentaje de participación del Estado se encuentra representado en un número determinado de acciones que le permiten percibir utilidades y que son las que generan el ejercicio del control fiscal.⁶

Por tanto, el ejercicio de control fiscal en sociedades con capital mixto donde el Estado cuenta con acciones a su nombre, deberá ser ejercido como lo señala la jurisprudencia sobre los aportes, actos y contratos celebrados por éste, evaluando la gestión empresarial desde el punto de vista de la eficacia, eficiencia y economía, pues si ésta es contraria al normal desarrollo empresarial, se estarían afectado los derechos que la entidad pública tiene representados en sus acciones.⁷

Le expresamos que Usted puede conocer y consultar los conceptos que, con relación a este y otros temas, ha proferido la Oficina Jurídica, visitando el enlace normatividad –conceptos de nuestro portal institucional: www.contraloriagen.gov.co

Cordial saludo,

LUÍS GUILLERMO CANDELA CAMPO
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Gloria Leonora Andeotti Caro, Profesional Universitario.
Revisión Jurídica: Juan Carlos Luna Rosero, Asesor de Gestión.
Revisión de forma: María Stella Romero Nieto, Profesional Universitario (E).
NR: 2010IE12069

⁶ Contraloría General de la República, Concepto Jurídico No. EE29646 de mayo 28 de 2009.

⁷ Contraloría General de la República, Concepto Jurídico No. EE29646 de mayo 28 de 2009.