

CGR- OJ \_\_\_\_\_ 076 2016  
80112,  
Bogotá, D.C.,

Contraloría General de la República :: SGD 16-05-2016 07:57  
Al Contestar Cite Este No.: 2016EE0060928 Fol:5 Anex:0 FA:0  
ORIGEN 80112-OFICINA JURIDICA / MARTHA JULIANA MARTINEZ BERMEO  
DESTINO WILLIAM TABARES  
ASUNTO CONCEPTO  
OBS

2016EE0060928



Señor  
WILLIAM TABARES  
[wtabares@hotmail.com](mailto:wtabares@hotmail.com)

## ASUNTO. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADAS.- CONTROL FISCAL.

Respetado señor Tabares:

Esta Oficina, conoce su comunicación con la cual requiere se le indique si las empresas de servicios públicos privadas son sujetos de control fiscal y el ente de control fiscal competente para tales efectos. De igual manera, si están obligados a rendir cuenta y a la entrega de informes ambientales.

También solicita se señale el concepto de subsidio de acueducto y alcantarillado y si estos son objeto de control fiscal, así mismo, se determine la contraloría competente teniendo en cuenta que éstos son transferidos por la Nación.

### CONCEPTOS DE LA OFICINA JURÍDICA. Alcance y competencia.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *“sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”*<sup>1</sup>, así como las formuladas por las contralorías territoriales *“respecto de la vigilancia de la gestión fiscal*

<sup>1</sup> Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

*y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General<sup>2</sup> y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”<sup>3</sup>.*

En este orden, mediante su expedición se busca “orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal<sup>4</sup> y “asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”<sup>5</sup>.

Finalmente se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Art.43, Numeral. 16<sup>6</sup> del D.L.267/00, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas con la(s) dependencia(s) implicada(s).

#### CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad del Estado Social de Derecho, y por tanto es deber de éste asegurar su prestación, los cuales puede prestarlos en forma directa o indirectamente por comunidades organizadas o por particulares. La norma constitucional, defiere a la ley, la forma como han de prestarse los servicios públicos, de acuerdo con la naturaleza del mismo. En estas condiciones, el artículo 10 de la Ley 142 de 1994 establece el derecho de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos.

Naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos.

La Ley 142 de 1994 clasifica las Empresas de Servicios Públicos de acuerdo al monto de la participación del Estado en su capital social en oficiales, mixtas y privadas. En este orden, el artículo 14 de la disposición legal mencionada señala en el artículo 14.5 que son empresas de servicios públicos oficiales aquellas en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de aquellas o éstas tienen el 100% de los aportes.

<sup>2</sup> Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>3</sup> Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>4</sup> Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>5</sup> Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

<sup>6</sup> Art. 43. OFICINA JURIDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

contractual, sino que el mismo se ejerce cuando la entidad o particular maneja o administra fondos o bienes públicos, y para el caso de la Contraloría General de la República, los fondos, bienes o recursos deben corresponder al orden nacional.

En materia de la competencia para el ejercicio de la función fiscalizadora en las empresas de servicios públicos, el artículo 5 de la Ley 689 de 2001 que modificó el artículo 50 de la ley 142 de 1994, prescribe 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.

Cabe precisar 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 existan recursos públicos procede la función fiscalizadora.

Señaló la Corte Constitucional en la sentencia C- 290 de 2002, que "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"*.

En esa misma providencia indicó la Corporación, 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.

Así las cosas y de conformidad con lo establecido en el artículo 267 de la Constitución Política, la vigilancia de la gestión fiscal de competencia de la Contraloría General de la República, recae sobre las entidades o particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, en consecuencia, si la Empresas de Servicios Públicos administran estos recursos cualquiera sea su monto, están sometidas al control fiscal de la CGR.

De igual manera y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 272 de la Constitución Política, la gestión fiscal en los departamentos, distritos y municipios en donde existan contralorías, les corresponde a estas. En ese sentido, la Contraloría General y las contralorías del orden territorial tienen competencia para fiscalizar las

El artículo 14.6 define las empresas de servicios públicos mixtas como aquella en donde la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas tienen aportes iguales o superiores al 50%. La misma disposición legal define en el artículo 14.7 las empresas de servicios públicos privadas cuando su capital pertenece mayoritariamente a los particulares.

A su vez, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, señala que integran la Rama Ejecutiva del Poder Público, las Empresas de Servicios Públicos Oficiales, pero nada determina sobre aquellas de carácter mixto y privado. La Corte Constitucional en Sentencia C- 736 de 19 de septiembre de 2007, efectuó el análisis de los artículos 38, 68 y 102 de la Ley 489 de 1998 referidos a la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público, como también el tema relacionado con las entidades descentralizadas, y las empresas de servicios públicos oficiales.

La Corporación en la providencia antes indicada realizó el estudio de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos y referentes a las privadas, señaló que se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas antes mencionadas.

De igual forma, la Corte en términos generales señala que el legislador incluye a las empresas de servicios públicos mixtas y privadas en la Rama Ejecutiva en su sector descentralizado nacional. Así lo indicó esa Corporación:

“(...) la Corte observa que una interpretación del literal d) del artículo 38 de la Ley 489 de 1998, junto con el literal g) de la misma norma, permiten entender que la voluntad legislativa no fue excluir a las empresas de servicios públicos mixtas o privadas de la pertenencia a la Rama Ejecutiva del poder público.”

Cabe precisar que en las actividades que estas empresas realizan concurren el desarrollo de los fines del Estado, por lo cual es necesario que estén sometidas a controles y por el papel preponderante que desarrollan en la prestación de dichos servicios y sus posibles repercusiones sobre los derechos fundamentales, no se puede permitir que las mismas se encuentren por fuera de la estructura del Estado, independientemente de que se trate de una entidad pública o privada o del monto de la participación pública en la integración de su capital.

**Control fiscal de las empresas de servicios públicos.**

De conformidad con 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. En este orden, 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

empresas de servicios públicos domiciliarios que administren fondos o bienes públicos, cada ente de control fiscal, según el origen de los recursos.

Subsidios a las empresas de acueducto y alcantarillado. Control fiscal.

El artículo 368 de la Constitución Política establece que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

Sobre el tema, indicó el Consejo de Estado que “Los subsidios y las contribuciones constituyen una forma de intervención del Estado en la economía, porque, a través de los primeros, la relación empresa de SPD-Usuario de los servicios resulta regulada - así sea parcialmente- por el Estado, en favor de las personas de bajos recursos.”<sup>7</sup>

Analizó la Corporación el artículo 368 de la CP, en la misma providencia y al respecto señaló: “De este mandamiento se desprenden las siguientes ideas que sintetizan el tema, desde una óptica constitucional:

- i). Autorizó en forma amplia, a la nación, a los departamentos, a los municipios y a las entidades descentralizadas, a destinar recursos propios para el pago de subsidios de los SPD.
- ii). Aseguró, constitucionalmente hablando, la posibilidad de conceder subsidios para pagar los SPD, no para otros servicios públicos, pues no existe norma equivalente para éstos en la Carta Política.
- iii). No obliga a que las entidades allí señaladas subsidien efectivamente; tan sólo consagra la posibilidad de que lo hagan. Esto significa que, en principio, cada una de tales entidades es libre de subsidiar o no.
- iv). No establece el porcentaje mínimo del consumo del servicio que se debe subsidiar; tampoco señala los estratos que se pueden beneficiar, por lo que el legislador es quien debe adoptar estas decisiones y medidas.
- v). Los subsidios sólo beneficiarán a las personas de "menores ingresos", según lo ordena el artículo 368, concepto que tampoco define la Constitución; luego, queda

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Radicación: 25000-23-24-000-2004-00917-01, 24 de enero de 2011.

al legislador determinarlo, con fundamento en la facultad de libre configuración del ordenamiento jurídico.

vi). Finalmente, lo que se puede subsidiar son las denominadas "necesidades básicas", de manera que lo que exceda de allí debe pagarlo el usuario. Las anteriores premisas constitucionales han sido desarrolladas, entre otras, por las Leyes 142 y 143 de 1994, y 632 de 2000."<sup>8</sup>

De otro lado, el artículo 67 de la Ley 142 de 1993, determina las funciones de los Ministerios en relación con los servicios públicos. Así el Ministerio de Minas y Energía y el de Comunicaciones, tendrán, en relación con los servicios públicos de energía y gas combustible, telecomunicaciones, y agua potable y saneamiento básico, respectivamente, entre otras funciones, las de identificar fuentes de financiamiento para el servicio público respectivo, y colaborar en las negociaciones del caso; y procurar que las empresas del sector puedan competir en forma adecuada por esos recursos, identificar el monto de los subsidios que debería dar la Nación para el respectivo servicio público, y los criterios con los cuales deberían asignarse; y hacer las propuestas del caso durante la preparación del presupuesto de la Nación.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 565 DE 1996, "Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en relación con los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del orden departamental, municipal y distrital para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo.", se entiende por subsidio la diferencia entre el valor que un usuario o suscriptor paga por el consumo básico del servicio público domiciliario y su costo económico de referencia, cuando tal costo es mayor que el pago que efectúa el usuario o suscriptor.

En el artículo 14 de la disposición señala la fuente de los recursos para otorgar los subsidios a través de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, entre otras, provienen de los recursos de la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, tanto los correspondientes a libre inversión como los que deben destinarse al sector; de las regalías por concepto de explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, de acuerdo con la Ley 141 de 1994 y recursos presupuestales de las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial (artículo 368 de la Constitución Nacional).

De otro lado, la Ley 1176 de 2007 que modificó la ley 715 de 2001, también dispone, en el artículo 11, que los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico que se asignen a los distritos y municipios, se

---

<sup>8</sup> Ídem

destinarán a financiar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, en las siguientes actividades: Los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad vigente.

El artículo 13 de esta disposición reglamentado por el Decreto 3320 de 2008, establece en el artículo primero que corresponde al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial girar los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones, a los departamentos, municipios y distritos.

De igual manera cuando los departamentos, municipios y distritos lo soliciten, y previa presentación de los documentos correspondientes, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial girará directamente los montos autorizados de los recursos que le corresponden del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico, al (los) prestador (es) de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, a los patrimonios autónomos o a los esquemas fiduciarios que se constituyan para el manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico, destinados a proyectos de inversión o aquellos destinados a subsidios.

Señala igualmente la disposición legal que el giro de tales recursos a los prestadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, se llevará a cabo cuando el municipio o distrito haya vinculado uno o varios prestadores para prestar uno o varios de estos servicios y/o en los casos en que exista un convenio firmado entre el municipio o distrito y el prestador del servicio para la asignación de subsidios.

En este orden jurídico, los recursos correspondientes a los subsidios son girados al distrito, departamento, municipio o al prestador del servicio y como se trata de dineros públicos, son objeto de control fiscal.

Ahora bien, teniendo en cuenta que dichos recursos son girados por la Nación a través del Ministerio de Vivienda para ser ejecutados por el distrito, departamento, municipio o la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, el control fiscal se ejerce a dichas entidades.

Dicho en otras palabras, la función fiscalizadora a tales dineros se realiza en primero término sobre dicho Ministerio y también a través de los distritos, departamentos y municipios. Ahora bien, si las ESPD son de orden territorial y por ende el control fiscal corresponde a la contraloría en su respectiva jurisdicción, tratándose de los

subsidios que gira la Nación, frente a estos se presenta un control fiscal prevalente de la CGR, toda vez que dichos recursos no pierden el carácter de nacionales.

Así también cuando se trata de recursos del subsidio que son incluidos en la factura por la empresa prestadora del servicio, pero que luego son reembolsados por el municipio, el control fiscal se ejerce a dichos recursos a través de esa entidad territorial, es decir el municipio.

Rendición de cuenta e informe ambiental.

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 268 de la Constitución Política, son atribuciones del Contralor General de la República prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse, así como revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del Erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Política los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 señalado.

Así entonces, la competencia de una contraloría para requerir información deviene de las funciones de vigilancia y control fiscal que constitucionalmente le han sido asignadas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución Política.

En consecuencia y de acuerdo al orden de los recursos, nacional, departamental o municipal corresponderá de igual manera el control fiscal a la contraloría en su respectivo orden, el cual de conformidad con las facultades constitucionales y legales determinará el método y la forma de rendir cuenta sus sujetos de control fiscal.

De otro lado, en cuanto a los informes ambientales, la Contraloría General de la República, en la Resolución Orgánica No. 7350 de 2013 define el Informe de Gestión Ambiental Territorial, como la información que contiene los resultados de las actividades realizadas por las entidades territoriales sobre el manejo integral del sistema ambiental y desarrollo sostenible.

Su presentación corresponde a los Gobernadores, Alcaldes, Representantes legales, o quienes hagan sus veces en las entidades y organismos públicos del nivel

Señor WILLIAM TABARES

Página 9 de 9

territorial, son responsables de rendir información sobre la gestión ambiental, razón por la cual a estos corresponde su reporte.

Cordial saludo,

  
JULIANA MARTINEZ BERMUDEZ  
Directora Oficina Jurídica.

Proyectó.  
Revisó.  
N.R.

  
Lucenith Muñoz Arenas  
José Ismael Díaz Peñaloza, Coordinador de Gestión.  
2016ER0034309. Conceptos Jurídicos.