



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

27 JUN 2016
5:40 A.M.
MICO.

MEMORANDO No. 104-2016-132

Para: Dra. MILENI SANCHEZ CUELLAR
Directora de Control Fiscal y Medio Ambiente

De: Dra. OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

CONCEPTO

| | |
|--------------------------|--|
| CONCEPTO No. 8 | 27 de Junio de 2016 |
| Tema: | Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico |
| Problema Jurídico | ¿La Empresa Regional de Acueducto y Saneamiento Básico del Municipio de Suarez es sujeto de control?. |
| Fuentes formales | Constitución Política. Ley 489 de 1998 Ley 142 DE 1994 |
| Precedente | Sentencia C-736/07 |

Este tema tendrá el siguiente orden: primero se estudiará la normatividad y jurisprudencia relacionada con el tema, luego se emitirá las consideraciones para finalmente dar respuesta al problema jurídico planteado.

FUENTES FORMALES

Constitución Política.

De conformidad con el Artículo 313 numeral 6 de La Constitución Política de Colombia en cuanto a las funciones de los Concejos Municipales dispone:



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Artículo 313 Numeral 6.

"6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta".

De conformidad con la ley "LEY 489 DE 1998 "por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

"Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

"(...)2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado **y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;**

"Artículo 68. Entidades descentralizadas. Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, **las empresas oficiales de servicios públicos** y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

De conformidad con la Ley 142 DE 1994 por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones dispone:

"Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones

"14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

"14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares."

Al respecto se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional en **Sentencia C-736/07**

"(...) 5.2.1 Según se dijo *ad supra*, esta Corporación definió que el elemento determinante del concepto de sociedad de economía mixta es la participación económica tanto del Estado como de los particulares, en cualquier proporción, en la conformación del capital de una sociedad. En este sentido, como se recordó anteriormente, la Corte ha afirmado que "esta naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares".¹ Y en el mismo orden de ideas, en la misma providencia en cita agregó que "lo que le da esa categoría de "mixta" (a la sociedad) es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares". (Paréntesis fuera del original).

5.2.2 No obstante, después de haber estudiado los conceptos de sociedad de economía mixta y de empresa de servicios públicos, la Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad.

¹ Sentencia C-953 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada "empresa de servicios públicos", resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Ciertamente, el legislador puede regular de manera diferente situaciones de hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a "a la finalidad social del Estado".

Es de suponer que cuando los particulares se asocian con el Estado para la prestación de servicios públicos, persiguen intereses igualmente particulares; en especial, buscan un lucro legítimo que tratan de obtener en un esquema de libre competencia económica. Dentro de este escenario, el legislador debe propiciar las condiciones jurídicas para que esa asociación no encuentre obstáculos que no se presentarían si el socio de los particulares no tuviera naturaleza pública. Por esta razón, según lo señala el artículo 365 superior, le está permitido señalar el régimen jurídico aplicable a este tipo de empresas, y al hacerlo puede tener en cuenta las características diferenciales de cada tipo de entidad. Tratándose de empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales caben distintos porcentajes de participación pública, el legislador puede establecer regímenes de mayor autonomía para aquellos casos en los cuales la participación accionaria privada supera una cierta proporción, en especial cuando supera el cincuenta por ciento (50%) del capital social.

Obviamente, la mayor o menor autonomía concedida por el régimen jurídico y la mayor o menor aplicabilidad de controles derivados de la naturaleza pública, privada o mixta de una institución deben guardar una relación de proporcionalidad directa con la mayor o menor participación pública en la composición accionaria de la sociedad. A menor participación pública, el régimen jurídico debe permitir una mayor autonomía, y viceversa.

5.2.3 En cualquier caso, esta mayor o menor autonomía no puede obviar algunas limitaciones que emanan de la propia Constitución. En especial, la Corte llama la atención en lo relativo a la vigencia permanente del control fiscal que por disposición de la Carta recae siempre sobre las entidades que manejan recursos públicos, conforme lo prescribe el artículo 267 de la Carta, cuyo tenor conviene recordar:



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

"ARTICULO 267. *"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. (...)"

Véase como del tenor literal de la disposición superior transcrita se desprende que la vigilancia de la gestión fiscal recae sobre las **"entidades que manejen fondos o bienes de la Nación"**. Por lo tanto, recae sobre cualquier clase de entidad que maneje tales fondos o bienes y no solamente sobre las sociedades de economía mixta. En tal virtud, si la 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 (...)"

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN DE LA EMPRESA

Del Certificado de Existencia y Representación Legal del de la Empresa se puede extraer:

OBJETO SOCIAL: La Sociedad tendrá como objeto principal las siguientes actividades:

Administrar, Operar y Mantener los Servicios Públicos domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo y sus Actividades complementarias principalmente en el Municipio de Suarez y áreas aledañas.

CONCLUSIONES.

Que la **EMPRESA DE REGIONAL DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO BASICO S.A E.S.P.** es una Sociedad de economía mixta o entidad descentralizada del orden municipal donde concurre capital público y privado.



CONTRALORÍA
DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Con fundamento en el Artículo 267 Constitucional esta entidad es sujeto de control, y sus directivos ejercen gestión fiscal.

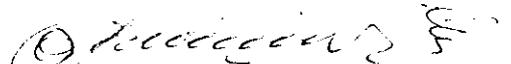
RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO.

¿La EMPRESA REGIONAL DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILADO BASICO S.A E.S.P es sujeto de control?

La respuesta es SI, **EMPRESA REGIONAL DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILADO BASICO S.A E.S.P** es sujeto de Control, por las razones antes expuestas.

Este concepto jurídico, no es obligatorio ni vinculante.

Cordialmente,


OLGA MERCEDES CORDOBA ZARTA
Directora Técnica Jurídica

Proyecto:

Flor alba tipas alpala
Profesional universitario