



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.



ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA D.C.
Secretaria General

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

Por favor al contestar cite este No. 1-2012-43403

Fecha: 12/09/2012 10:36 AM Rad: 1-2012-43403
Folios: 9 Anexos:

130000

Medio: VENTANILLA

Destino: DIRECCION JURIDICA DISTRITAL

Copias: DESPACHO DEL SECRETARIO GENERAL

Doctor
GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO
Alcalde Mayor de Bogotá D.C.
Carrera 8 N° 10-65
Bogotá D.C.

REF: *Pronunciamiento sobre el riesgo sobreveniente de posible afectación al patrimonio público distrital, en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá por decisiones administrativas que desconocen la aplicación de los principios de la Función Administrativa establecidos en la Constitución Política, de la gestión fiscal establecidos en la Ley 610 de 2000 y del marco de competencias dado por el Decreto Ley 1421 de 1993.*

Respetado Señor Alcalde:

La Contraloría de Bogotá, tiene como objetivo central ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración del Distrito Capital y en el caso en particular el control de las empresas de servicios públicos de carácter mixto y de carácter privado en cuyo capital participe los recursos del erario de la ciudad.

1.- Competencia :

El ejercicio de dicha función deviene del artículo 267 Constitucional que dispone que el control de los resultados de la Administración y la vigilancia de la gestión fiscal que realizan los entes de control, está encaminada a garantizar y verificar la correcta ejecución de los presupuestos públicos, evitando y/o sancionando el despilfarro, la desviación de recursos, los abusos, las pérdidas innecesarias y la utilización indebida de fondos, así como el cumplimiento de los deberes asignados a los funcionarios públicos y los particulares que manejen o

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

administren recursos o fondos públicos, fundamentado en la eficiencia, eficacia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales.

2.- Lo que se analiza:

La Administración Distrital ha anunciado a la opinión pública que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá a través de la junta directiva aprobó la ampliación de su objeto social, para prestar el servicio de limpieza, barrido y recolección de basuras e Bogotá, en aras de convertirse en el operador público que competiría con las empresas privadas en un marco de libre competencia. Según ha indicado su despacho a los medios de comunicación a partir de diciembre de este año comenzaría la operación.

3.- Antecedentes Procesales:

Frente al anuncio de la Administración Distrital en punto a convertir la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de la ciudad en un operador que prestará el servicio público de aseo y todos sus componentes en la ciudad, se considera necesario puntualizar los antecedentes que se conocen sobre el tema y los fundamentos que tuvo el cabildo distrital para liquidar la Empresa Distrital de servicios Públicos - EDIS que realizaba tal labor en Bogotá:

En el año de 1993 mediante Acuerdo Distrital No. 41 el Concejo de la Ciudad decide liquidar la EDIS en atención a la crisis por la que atravesaba la empresa dados sus problemas de sostenibilidad financiera y la ineficiente prestación del servicio, debido a los problemas administrativos estructurales.

En este marco normativo faculta en el artículo 5º a la Alcaldía Mayor de Bogotá a crear una Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos UESP, y es así como mediante Decreto 782 de 1994, asignándole como objeto la planeación, coordinación, supervisión y control de la prestación de los servicios de barrido, recolección., transferencia, disposición final de

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

residuos sólidos, limpieza de áreas públicas, cementerios, hornos crematorios, y plazas de mercado¹.

En el año 2006, mediante Acuerdo 257, el Concejo de Bogotá transforma la UESP en la Unidad Administrativa Especial de Servicios públicos -UAESP, convirtiéndola en una entidad del sector descentralizado por servicios, de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita a la Secretaría Distrital del Hábitat, cuyo objeto es garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control de los servicios de recolección, transporte, disposición final, reciclaje y aprovechamiento de residuos sólidos, la limpieza de vías y áreas públicas; los servicios funerarios en la infraestructura del Distrito y del servicio de alumbrado público.

Conforme el artículo 116 del mencionado Acuerdo 257 de 2006, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos tiene las siguientes funciones básicas:

- a. Diseñar las estrategias, planes y programas para el manejo integral de los residuos sólidos, alumbrado público y servicios funerarios.
- b. Dirigir y coordinar la prestación de los servicios públicos propios del manejo integral de residuos sólidos, el servicio de alumbrado público y los servicios funerarios.
- c. Realizar el seguimiento y la evaluación de los servicios propios del manejo integral de residuos sólidos, alumbrado público y servicios funerarios.
- d. Promover la participación democrática de los usuarios de los servicios a su cargo.

¹ Art. 3 Decreto 782 de 1994.





CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

4.- Consideraciones de la Contraloría:

Del breve recuento normativo y fáctico, se extrae que el cambio en la prestación del servicio de aseo desde la creación de la EDIS hasta la UAESP ha tenido un proceso de discusión democrática y procedimiento legal de aprobación por el Concejo de la Ciudad, a iniciativa de la Alcaldía Mayor, ello en consonancia con lo establecido en el artículo 12 numerales 8 y 10 del Decreto Ley 1421 de 1993 Estatuto orgánico de Bogotá, que define como atribución del Cabildo Distrital:

"...8. Determinar la estructura general de la Administración Central, las funciones básicas de sus entidades y adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos..."

10. Dictar las normas que garanticen la descentralización, la desconcentración y la participación y veeduría ciudadanas."

A su turno, el artículo 55 del Estatuto en cita, realiza una distribución de competencias entre el Concejo de la ciudad y la Alcaldía Mayor que deslinda con exactitud las facultades de cada uno así:

"...Corresponde al Concejo Distrital, a iniciativa del Alcalde Mayor, crear, suprimir y fusionar secretarías y departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales y entes universitarios autónomos y asignarles sus funciones básicas. También le corresponde autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. La constitución de entidades de carácter asociativo en los sectores de las telecomunicaciones y la ciencia y la tecnología se regirá por la Ley 37 de 1993, el Decreto -Ley 393 de 1991 y las demás disposiciones legales pertinentes.

En ejercicio de la atribución conferida en el artículo 38, ordinal 6, el Alcalde Mayor distribuirá los negocios y asuntos, según su naturaleza y afinidades, entre las secretarías, los departamentos administrativos y las entidades descentralizadas, con el propósito de asegurar la vigencia de los principios de eficacia, economía y celeridad administrativas. Con tal fin podrá crear, suprimir, fusionar y reestructurar dependencias en las entidades de la administración central, sin generar con ello nuevas

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

obligaciones presupuestales. Esta última atribución, en el caso de las entidades descentralizadas, la ejercerán sus respectivas juntas directivas." (subrayado fuera de texto)

Este margen de competencias trae implícita una prohibición para ambas entidades que se fundamenta en los artículos 6º y 121 de la Constitución Política, de donde se colige que a diferencia de los particulares que pueden hacer todo aquello que no les está prohibido, los funcionarios públicos y las entidades de ésta naturaleza sólo pueden ejecutar aquello que expresamente les está mandado. Por lo tanto, el Alcalde Mayor ni el Concejo Distrital pueden inmiscuirse por cualquier medio en los asuntos de competencia de otras entidades.²

En el anterior contexto histórico y conceptual, la decisión de la Administración de ampliar el objeto de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado por medio de una actuación de la Junta Directiva de la empresa, entra en una zona gris de competencias entre el Concejo de la Ciudad y la Alcaldía Mayor, toda vez que al ampliar la competencia de una entidad descentralizada por servicios a un objeto totalmente diferente al de la Empresa se podría estar modificando la Estructura Orgánica de la Administración Pública Distrital.

Ahora, si se tiene en cuenta que el ejercicio de ésta nueva actividad genera para la Empresa de Acueducto una modificación estructural para atender las nuevas responsabilidades, máxime cuando se conoce por ejemplo lo que sucedió con la constitución de la empresa HIDROCHIA S en C la cual, mediante fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 23 de febrero de 2012 declaró la nulidad del acto de constitución toda vez que no tuvo el procedimiento legal previsto de su paso por el Concejo Municipal de Chía. En dicha sentencia se ordena a una empresa que pertenece a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado (GESTAGUAS S.A.) devolver unos recursos y bienes al Municipio de Chía.

Las implicaciones de crear como nuevo operador del servicio de aseo a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, demanda una inversión de

² artículo 5º. de la Ley 489 de 1998





CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

recursos públicos que exige de los gestores fiscales y de los servidores públicos que toman la decisión, soportarla dentro de un marco de competencias claras, con el fin de darle estabilidad y seguridad jurídica a la destinación de recursos públicos. Todo lo anterior, por supuesto dentro del preciso marco de los principios que rigen la función pública y la gestión fiscal³ que demandan de los servidores públicos que en la administración de los recursos deben ser eficientes, eficaces y que sus consecuencias sean económicamente favorables.

Los señalados argumentos devienen desde el propio artículo 209 de la Carta Política, y su desarrollo en el artículo tercero del pluricitado Acuerdo Distrital 257 de 2006 que define los principios de la Función Administrativa Distrital no puede ser más claro cuando menciona que:

"Artículo 3º. Principios de la función administrativa distrital. La función administrativa distrital se desarrollará en consonancia con el interés general de la ciudadanía y los fines del Estado Social de Derecho y se llevará a cabo atendiendo los principios constitucionales y legales de democratización y control social de la Administración Pública Distrital, moralidad, transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad, efectividad, economía, celeridad y buena fe, así como a los principios de distribución de competencias, coordinación, concurrencia, subsidiaridad y complementariedad.

Las autoridades distritales desarrollarán sus actuaciones observando los principios enunciados en el presente artículo con el fin de garantizar la efectividad y materialización de los derechos humanos sean ellos individuales o colectivos, propiciar la participación social en las decisiones públicas y lograr la integración dinámica entre la Administración Distrital y los habitantes del Distrito Capital.

Las decisiones que adopte la Administración Distrital serán objetivas, fundadas en los supuestos de hecho y de derecho, adecuadas a los fines previstos en el ordenamiento jurídico, y útiles, necesarias y

³ Artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 610 de 2010

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

proporcionales a los hechos que les sirven de causa". (Subrayado fuera de texto)

De modo que, la Administración debe tener presente que la prestación del servicio de aseo nunca ha estado como competencia administrativa dentro de la estructura actual del Distrito. Este servicio desde la liquidación de la EDIS fue entregado en concesión a los operadores privados y por lo tanto, la estructura administrativa Distrital no cuenta con una entidad descentralizada por servicios para prestar el servicio.

Descendiendo de estos puntos, en concepto de esta Contraloría es claro, que la decisión de prestar el servicio de manera directa con un operador público implica el cambio o alteración en la estructura del Distrito, a punto tal que se genera la necesidad de implementar una nueva planta de personal y una estructura diferente a la que tiene la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

Esta decisión a juicio de esta Contraloría implica no solo la creación de una nueva estructura sino que altera la actual, toda vez, que la UAESP dentro de la libre competencia no tendría las mismas funciones y capacidades que actualmente tiene. Por lo tanto no se justificaría la existencia de la UAESP o su disminución administrativa, si se tiene que a la fecha la UAESP para esta vigencia tiene un presupuesto asignado de \$179.590.000.000, de los cuales corresponden a funcionamiento \$149.979.000.000.

De otra parte, la decisión de la Administración de crear este nuevo operador público, dentro de un marco de libre competencia donde el servicio se rige por las normas del mercado y bajo la supervisión y vigilancia de la superintendencia de servicios públicos, desconoce los estudios y operaciones administrativas de la UAESP de los últimos años que ha implicado un costo de más de 4.492, 8 millones de pesos⁴ para estructurar un proceso licitatorio, y genera un gran interrogante respecto de cómo se garantizarán las acciones afirmativas a favor de los

⁴ Costos de asesorías, contratos de prestación de servicios para la estructuración financiera, jurídica y administrativa de la Licitación Pública de Aseo.





CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

recicladores ordenadas por la Honorable Corte Constitucional⁵ dentro de la libre competencia ya que era dentro del marco de la licitación pública que se buscaba reconocer la labor social y ambiental de los recicladores.

En este mismo escenario de la libre competencia, la Administración debe tener en cuenta que en caso que los operadores privados no quieran ofrecer su servicio en sectores o áreas que no son económicamente rentables, es al Distrito con recursos públicos a quien le correspondería asumir la operación, como garante de la prestación del servicio⁶, lo cual implicaría la utilización de recursos públicos que actualmente se destinan para otras necesidades sociales.

Por último, esta Contraloría advierte que a pesar de que se hizo el anuncio público y se modificó el objeto de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado, a la fecha no se han presentado estudios técnicos, jurídicos y financieros que sustenten la conveniencia de tal decisión, desconociendo así el mandato constitucional que trae el artículo 367 superior cuando establece:

"...Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación..."
(Subrayado fuera de texto)

Para la Contraloría, no resulta lógico y si paradójico que el Distrito se haya gastado más de 4.492.8 millones en estudios para estructurar una licitación de aseo bajo el esquema de Áreas de Servicio Exclusivo, y ahora sin ningún estudio se adopte la decisión de cambiar el esquema por libre competencia con la creación de un operador público. Por ello ha de precisarse que por la administración de recursos públicos los servidores públicos responden como quien administra recursos ajenos y por lo tanto su gestión debe estar respaldada en la toma de decisiones con los suficientes y razonados argumentos técnicos, jurídicos y

⁵ Sentencia T-724 de 2003, autos 268 de 2010 y 275 de 2011.

⁶ Mirar Circular 001 de 2010, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

financieros que permitan con toda tranquilidad comprometer los recursos públicos.

En los anteriores términos se pronuncia la Contraloría de Bogotá, en orden a demandar de la Administración Distrital que de manera concreta se garantice dentro de la decisión de poner a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado como nuevo operador público de aseo, el respeto estricto de las competencias administrativas y la necesidad que las decisiones que se adopten, lo sean fundamentadas en estudios de conveniencia y factibilidad. De existir los estudios previos de viabilidad para la toma de la decisión en comento se le solicita al Señor Alcalde respetuosamente, que en un término no mayor a cinco (5) días lo allegue a este despacho.

Con toda atención,



DIEGO ARDILA MEDINA.
Contralor de Bogotá, D.C.

Aprobó: Adriana del Pilar Guerra Martínez, Directora Sector Hábitat y Servicios Públicos 
David Ballén Hernández, Jefe Oficina Asesora Jurídica 
Proyecto: Julian Dario Henao C, Asesor Dirección Hábitat y Servicios Públicos 