

"Por un control fiscal efectivo y transparente"

Doctor

GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

Carrera 8 N° 10-65

Bogotá D.C.

REF: *Pronunciamiento por desconocimiento del régimen jurídico aplicable, en convenios y contratos que desarrollan una actividad no regulada por el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC, afectando los niveles de competitividad de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB*

Respetado Señor Alcalde:

La Contraloría de Bogotá, D.C., 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 participen los recursos del erario de Bogotá, función que está enmarcada en el artículo 267 de la Constitución y 272 ibídem.

1. ANTECEDENTES

- A) La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB, mediante decisión de la Asamblea Extraordinaria de accionistas adicionó o amplió su objeto social, conforme a la escritura pública N° 826 del 2012 de la Notaría 65 del Círculo de Bogotá, a efecto de integrar todos los servicios que impliquen la divulgación de contenidos en los medios de comunicación, la prestación de los servicios de publicidad por cuenta propia y/o de un tercero, en aras de la difusión o divulgación de políticas públicas y de mensajes institucionales o comerciales, que impliquen la producción y distribución de contenidos propios y de terceros.
- B) La ETB, firmó el Convenio Interadministrativo No. 1100100-226 del 13 de junio de 2012 con la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., que tiene como objeto " (...), a fin que las entidades que conforman la estructura del Distrito Capital que así lo determinen, puedan desarrollar campañas, de divulgación institucional en medios masivos de

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

comunicación con mejores tarifas y beneficios, que permitan darle visibilidad y eficacia a las estrategias de comunicación hacia la ciudadanía, que se adelanten con ocasión de las metas y objetivos formulados en el Plan de Desarrollo “Bogotá Humana ”

- C) Entre 2012 y 2014, la ETB suscribió 179 Contratos y Convenios Interadministrativos por valor de \$244.361 millones, de los cuales, los de MEDIOS representan el mayor valor con 32 contratos o convenios a razón de \$81.164 millones. De acuerdo con su objeto, se pudo establecer la distribución que se muestra en el siguiente cuadro:

**CONVENIOS Y CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS SUSCRITOS
POR LA ETB ENTRE 2012 y 2014**

OBJETO	En millones \$	
	No.	VALOR
CAMPAÑA DE MEDIOS (PUBLICIDAD)	32	81.164
CONECTIVIDAD	22	54.879
SEMAFORIZACIÓN	12	31.322
INTERNET Y WI FI	55	19.597
CALL CENTER	16	18.486
MODERNIZACIÓN TECNOLÓGICA NUSE	1	15.000
LOCALIDAD DIGITAL	4	2.032
OTROS	37	21.881
TOTAL	179	244.361

- D) La ETB ha presentado pérdida de usuarios en sus diferentes servicios, hecho que se refleja en la situación financiera de la Empresa en el comportamiento de sus ingresos operacionales, los cuales durante los últimos cinco años se redujeron en 7,0%, siendo los tradicionales servicios de telefonía local y de larga distancia los que más cayeron, 27,8% el primero y 29,4% el último, reducción que parcialmente es contrarrestada por la entrada de los nuevos servicios.

2. CONSIDERACIONES DE LA CONTRALORÍA DE BOGOTÁ

2.1 CAMBIO DE RÉGIMEN JURÍDICO



CONTRALORÍA
DE BOGOTÁ, D.C.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

La Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP –ETB , en su condición de entidad descentralizada por servicios, por la vinculación del Distrito Capital en la prestación de un servicio público, está sujeta al ejercicio del control fiscal a pesar que su régimen jurídico conforme a las disposiciones de la Leyes 142 de 1994 y 1341 del 2009 y demás normas concordantes, se suscriba al ámbito del derecho privado como empresa mercantil de régimen especial, aspecto que ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C- 736 de 2007, en los siguientes términos:

“(...) El constituyente quiso definir que las personas o entidades que asuman la prestación de los servicios públicos tendrán no sólo un régimen jurídico especial, sino también una naturaleza jurídica especial; esta particular naturaleza y reglamentación jurídica encuentra su fundamento en la necesidad de hacer realidad la finalidad social que es definida por la misma Carta como objetivo de la adecuada prestación de los servicios públicos. De lo anterior se desprende que cuando el Estado asume directamente o participa con los particulares en dicho cometido, las entidades que surgen para esos efectos también se revisten de ese carácter especial y quedan sujetas a la reglamentación jurídica particularmente diseñada para la prestación adecuada de los servicios públicos. Otro tanto sucede cuando los particulares asumen la prestación de servicios públicos. Así las cosas, las sociedades públicas, privadas o mixtas cuyo objeto social sea la prestación de los servicios en comento, antes que sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas o sociedades de carácter privado, vienen a ser entidades de naturaleza especial. (...)

Ahora bien, la naturaleza jurídica especial de la empresa de servicios públicos denominada Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá derivada de desarrollar como actividad principal la prestación de un servicio público, restringe su objeto social a la prestación de uno o más de los servicios públicos o a realizar una o varias de las actividades complementarias o una y otra cosa, conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley 142 de 1994. Queda claro entonces, que por disposición legal, las actividades que se desarrollan con ocasión de su objeto deben corresponder exclusivamente a la prestación de servicios públicos y a las actividades complementarias definidas en el artículo 14 ídem.

Bajo el anterior marco normativo, las acciones al alcance de la ETB en cumplimiento de su objeto social se encuentran limitadas de manera exclusiva al conjunto de actividades entendidas y relacionadas dentro de la prestación del servicio público de las telecomunicaciones y servicios de tecnología o una o varias de las actividades complementarias,¹ situación que tiene fundamento por

¹ 14.26. Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

estar inmersa en el régimen especial normado para quienes presten los definidos servicios públicos domiciliarios y que conlleva gozar de los derechos y garantías establecidos por la propia ley para las empresas constituidas con capital público, privado o mixto para este fin específico.

En punto de lo anterior, la modificación del objeto social de la empresa en el sentido de ampliar su espectro para prestar el servicio de publicidad conforme a criterios “(...) Como la integración de todos los servicios que impliquen la divulgación de contenidos en los medios de comunicación, la prestación de los servicios de publicidad por cuenta propia y/o de un tercero, en aras de la difusión o divulgación de políticas públicas y de mensajes institucionales o comerciales, que implique la producción y distribución de contenidos propios y de terceros (...)”² no representa la inclusión de una actividad afin o complementaria en la prestación del servicio público a cargo de la ETB o actividad regulada, por el contrario dedica sus recursos al negocio de la pauta publicitaria o agencia de medios, servicios pertenecientes a un sector diferente y no conexo ni complementario, circunstancia que a juicio de este ente de control implica que todas las actuaciones desarrolladas por fuera de la actividad principal no se encuentran amparadas por la naturaleza y régimen especial de servicio público, por tratarse de la celebración de contratos y convenios para ejecución de objetos contractuales ajenos a la definición legal de servicio público que determina precisamente el régimen especial.

De otra parte, es necesario tener presente que la prestación del servicio de Publicidad interactiva por la ETB, si resulta necesario para el desarrollo de su objeto social ya que este “(...)intercambia información con el fin de incentivar y/o influir en la decisión de compra de los consumidores(...)”³ de su servicio, lo cual no se puede decir del servicio de publicidad en los medios de comunicación, que implique la producción y distribución de contenidos propios y de terceros lo que a todas luces está por fuera de la prestación de un servicio público y de la libre competencia dentro de su sector y por tanto son extrañas a las previsiones de la Ley 142 de 1994.

Por modo que, no representa una actividad a fin o complementaria en la prestación de este servicio público y su multiplicidad del objeto no produce

municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptúase la telefonía móvil celular, la cual se regirá, en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1993 y sus decretos reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyen. 14.27. Servicio público de larga distancia nacional e internacional. Es el servicio público de telefonía básica conmutada que se presta entre localidades del territorio nacional o entre estas en conexión con el exterior.

² Escritura Publica N 826 DE 2012 DE LA Notaria 65 del Circulo de Bogotá

³ www.infosol.com.mx/espacio/cont/.../publicidad_interactiva.html

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

economía de escala o de aglomeración en beneficio del usuario en el sector de las telecomunicaciones, conforme lo señala el artículo 18 de la ley 142 de 1993.

Ahora bien, con la decisión de ampliar el objeto social de la ETB - ESP, abre la posibilidad de celebrar el Convenio Interadministrativo No. 1100111-226 de 2012 suscrito con la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá DC., “ (...), a fin que las entidades que conforman la estructura del Distrito Capital que así lo determinen, puedan desarrollar campañas, de divulgación institucional en medios masivos de comunicación con mejores tarifas y beneficios, que permitan darle visibilidad y eficacia a las estrategias de comunicación hacia la ciudadanía, que se adelanten con ocasión de las metas y objetivos formulados en el Plan de Desarrollo Bogotá Humana”.

Con el referido convenio se está cambiando el régimen jurídico aplicable a este tipo de contrataciones ya que la mayoría de las entidades que conforman la estructura del Distrito Capital están inmersas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley 80 del 1993, donde sus actuaciones están limitadas por la rigurosidad de los procedimientos en aras de cumplir con los principios de la contratación estatal, estableciendo que el medio de escogencia o selección del contratista se efectuará siempre a través de licitación pública, salvo en los casos que dependen de los topes del presupuesto los cuales no tienen en su mayoría la amplitud que goza la ETB, la cual conforme al régimen jurídico de contratación privada y su manual de contratación la dan mayor autonomía y libertad, práctica que atenta contra el principio de transparencia y moralidad de selección del contratista.

Llama la atención como quiera que los convenios interadministrativos no nacen como un medio de delegación de funciones sino como coadyuvancia en aras de mejorar la prestación de un servicio, los 179 convenios y contratos suscritos en la cual los de MEDIOS representan el mayor valor con 32 contratos o convenios, se encontró que para 8 convenios (con valor de \$2.888 millones) requirieron subcontratación, el valor de esta fue mayor, pues ascendió a \$5.437 millones;

En efecto, el llamado de este ente de control en aras a que los recursos de los Bogotanos sean administrados en cumplimiento de los principios de transparencia y selección objetiva se enfatiza sobre la necesidad de utilizar los instrumentos y métodos que prevé la legislación actual para el desarrollo de los procesos contractuales de la administración pública situación que tiene fuerza con el estatuto anticorrupción el cual establece en el artículo 95 de la Ley 1474 del 2011 que :“(…) En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad. (...)

En punto a lo anterior los convenios o contratos que se suscriban por fuera de la excepción o que no estén en competencia dentro de su sector que es el de las telecomunicaciones, en cumplimiento de los fines del Estado se deben regir por la contratación Pública, debido que las campañas de divulgación institucional, no representa una actividad a fin o complementaria con el servicio público.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expresó el 19 de julio de 1995: *“Se impone reiterar lo expresado en concepto anterior a la Sala que sobre este mismo tema manifestó: “El artículo 32, parágrafo 1º de Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de crédito, seguros y financieros, no se rigen por la mencionada ley. Aunque el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula materias diferentes de los servicios domiciliarios, la Sala considera que el artículo 31 de la Ley 142 de 1994 prescribe que los contratos para la prestación de servicios domiciliarios, con las salvedades que establece, no se rigen por la Ley 80 de 1993 sino por el derecho privado, con las variantes prescritas por la misma Ley 142 de 1994” (Radicación N° 666), de lo que se impone concluir que aquellos contratos no relacionados con la prestación de servicios públicos domiciliarios no están exentos de cumplir con lo previsto en el régimen de contratación del Estado Colombiano.*

El análisis expuesto permite concluir que la Ley 142 de 1994 y su carácter excepcional en materia de contratación estatal solo aplica para los contratos que se celebren con el objeto de la prestación del servicio público pertinente, por lo tanto los contratos celebrados por las empresas de servicios públicos cuyo objeto sea ajeno a esta actividad principal, así como, el contrato de concesión sobre el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones deben regirse por la Ley 80 de 1993.

2.2 RIESGO DE LOS NIVELES DE COMPETITIVIDAD DE LA EMPRESA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

Los efectos de la entrada en funcionamiento de los nuevos servicios, no conexos con la actividad principal de las telecomunicaciones, se pueden evidenciar en la reducción en sus tradicionales servicios como el de telefonía local y de larga distancia y en la participación del mercado que tiene como consecuencia que en la vigencia 2013-2014 la venta de servicios tan solo creció un 0.2%, mientras que fueron los ingresos Extraordinarios los que sustentaron en un alto porcentaje el crecimiento de los ingresos, al pasar de \$126.090.4 millones a \$586.792.1 millones (crecimiento del 365.4%)

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

Por otro lado, el impacto de esta reducción en la participación del mercado, expresa de manera clara la situación financiera de la empresa, evidenciando en el resultado del ejercicio que la utilidad neta de la ETB para 2014 fue de \$370.531,2 millones, superior en 119,1% a la de 2013, resultado que si bien se pregona ha sido el mejor alcanzado durante más de 20 años, no corresponde a la venta de los servicios públicos que le dan la característica de ESP, sino a los ingresos extraordinarios que recibió la Empresa por la venta de las acciones que tenía en Tigo por USD240 millones, negociación que tuvo como propósito financiar parte del Plan Estratégico Corporativo –PEC, en consecuencia, como ya se dijo el incremento de los ingresos obedece a los percibidos producto de la venta de las acciones que tenía en TIGO y no al desarrollo del objeto social, que no solo debe redundar en el sostenimiento económico de la empresa sino en el cumplimiento de los fines estatales asociados con la prestación del servicio público a su cargo, máxime cuando los gastos de administración se incrementaron en un 50% de un año a otro.

La ETB presenta el siguiente resultado del ejercicio para las vigencias 2013 y 2014:

Resultado del ejercicio	2013	2014	Variac.
Total ingresos	1.841.413,9	2.106.452,7	28,3%
Venta de servicios	1.381.747,0	1.384.317,8	0,2%
Otros ingresos	152.433,4	153.772,2	0,9%
Ingresos no operacionales y transf	1.143,1	1.570,7	37,4%
Ingresos extraordinarios	128.090,4	586.792,1	385,4%
Total costos y gastos	1.472.296,0	1.735.921,5	17,9%
Costo de ventas y operación	938.403,7	939.835,8	0,2%
Gastos de administración	324.040,3	485.963,6	50,0%
Provisiones, agot., deprec. y amort.	72534,81	98.842,5	36,3%
Otros gastos	137317,32	211.279,8	53,9%
Utilidad del ejercicio	189.117,9	370.531,2	119,1%

En millones de pesos

Fuente: SIVICOF, Estados financieros de la ETB y sus respectivas notas.

De esta información se puede concluir adicionalmente, el efecto del resultado operacional, que se encuentra marcado en el margen Ebitda (ganancia ante de pago de impuestos, intereses, depreciación y amortizaciones), el cual bajó de 45,2% en 2013 a 41,3% en 2014.

Por lo anteriormente expuesto, la Contraloría de Bogotá, se pronuncia con el fin de evidenciar la necesidad de que la ETB adopte las medidas efectivas para garantizar los principios de la función administrativa en sus procesos contractuales correspondientes al de publicidad y el reconocimiento de los parámetros constitucionales que protegen los derechos de los usuarios de los servicios públicos y velar por el cumplimiento de los fines sociales del Estado.

“Por un control fiscal efectivo y transparente”

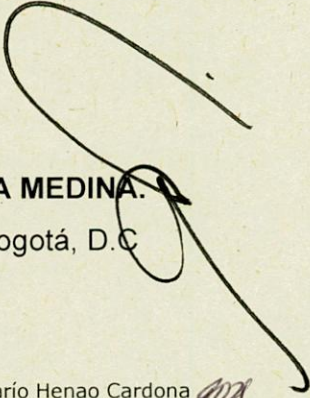
En este orden de ideas, esta Contraloría, a través del presente documento, fija su posición técnica y/o jurídica con relación a la actuación administrativa surtida por las Entidades del Distrito Capital involucradas en el presente caso, con respecto al tema de los convenios interadministrativos, al igual que los demás contratos derivados del mismo.

Así las cosas, respetando la plena autonomía que tiene la Administración en la toma de sus decisiones, y con la precisión que la comunicación, a través de esta vía, de los resultados evidenciados en ejercicio de la señalada acción de vigilancia fiscal, no implica una intervención en la Administración, menos aun cuando el presente documento no tiene un carácter vinculante, sino el exclusivo propósito de coadyuvar al mejoramiento de la gestión administrativa, lo cual redundará en la calidad de vida de los habitantes de la ciudad, fin último del ejercicio de la competencia asignada a este Organismo de Control Fiscal, pongo en conocimiento los aludidos hechos para los fines que su Despacho considere pertinentes.

Actuación que se surte, sin perjuicio de las acciones que puedan derivarse del ejercicio de la competencia asignada, con respecto a aquellas situaciones que se encontraren consolidadas.

Con fundamento en lo afirmado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-103 del 11 de marzo de 2015, al igual que en lo normado en los Artículos 209, 268, numeral 6° y 269 Constitucional, entre otras disposiciones, remítase copia de este documento a la Oficina de Control Interno de la ETB, para lo de su competencia.

Con toda atención,



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

Reviso y Aprobó: Jefe Oficina Asesora Jurídica Julián Darío Henao Cardona 