



**AUDITORÍA GUBERNAMENTAL MODALIDAD EXPRES No. 018-2018**

**INFORME DE AUDITORÍA No. 018**

**ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA  
ZORAIDA ORTIZ GOMEZ**

**CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA  
AGOSTO 9 DE 2018**



**AUDITORÍA GUBERNAMENTAL MODALIDAD EXPRES No. 018-2018**

**ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA  
ZORAIDA ORTIZ GOMEZ**

**JORGE GOMEZ VILLAMIZAR  
JAVIER ENRIQUE GARCÉS ARIAS**

**YANINA LICETH BARÓN ORDOÑEZ  
LEIDY TATIANA RENGIFO**

**Contralor de Bucaramanga  
Jefe Oficina de Vigilancia Fiscal y  
Ambiental  
Profesional Universitaria  
Profesional Universitaria**

**CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA  
AGOSTO 9 DE 2018**



## IDENTIFICACIÓN DE LA AUDITORIA EXPRÉS No. 018-2018

**ENTE AUDITADO:** ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA

**MOTIVO DE LA AUDITORIA EXPRÉS:** Por medio de la Queja Nos. DPD-18-1-044, la Oficina de Participación Ciudadana de la Contraloría Municipal de Bucaramanga, remite oficio según radicado No. 01556R con fecha 10 de mayo de 2018, enviado por WILSON MANUEL MORAL C, "*relacionada con la solicitud de revisar Auditoría Exprés, realizada al Acueducto Metropolitano de Bucaramanga*".

**INTEGRANTES DEL EQUIPO AUDITOR:** YANINA LICETH BARÓN ORDOÑEZ, Profesional Universitaria y LEIDY TATIANA RENGIFO, Profesional Universitario.

**OBJETIVO GENERAL DE LA AUDITORIA EXPRÉS:** Identificar si el Señor JOSE MANUEL BARRERA como miembro activo de la Junta Directiva del amb S.A. E.S.P y al mismo tiempo como Gerente de la EMAB S.A. E.S.P., incurrió en alguna inhabilidad respecto a la firma del contrato con CEFINCO.

**ALCANCE DE LA AUDITORIA EXPRÉS:**

1. Determinar la legalidad de la designación como miembro de la Junta Directiva, teniendo en cuenta su contrato con la empresa CEFINCO, la cual era a la fecha de los hechos contratista del amb S.A. E.S.P.
2. Identificar si el Señor JOSE MANUEL BARRERA como miembro activo de la Junta Directiva del amb S.A. E.S.P., incurrió en alguna falta, conflicto de interés, inhabilidad e incompatibilidad al suscribir contrato con la empresa CEFINCO.
3. Establecer la presunta responsabilidad de los directivos del amb S.A. E.S.P, quienes designaron al Señor JOSE MANUEL BARRERA, como miembro de la Junta Directiva

**NÚMERO DE QUEJA:** DPD-18-1-044

### HECHOS

El día 15 de mayo de 2018, bajo el radicado No. 02559E, la Oficina de Participación Ciudadana de la Contraloría Municipal de Bucaramanga, remitió la nota de twitter, presentada por el concejal WILSON MANUEL MORA, por medio

del cual manifestó lo siguiente: “...es claro que el gerente de la EMAB trabajaba como contratista del amb cuando lo nombraron en junta directiva...”

Conforme a lo anterior, la Oficina de Vigilancia Fiscal y Ambiental dispuso adelantar la Auditoría Exprés No. 018-2018, con el fin de investigar las presuntas irregularidades relacionadas en la queja, las cuales se evidencian en el presente informe.

### **ACTUACIÓN DEL EQUIPO AUDITOR**

El Equipo Auditor procede a solicitar y recaudar la siguiente información:

- Oficio por medio del cual el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, acepta nombramiento para ser miembro de la Junta Directiva del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P.
- Oficio por medio del cual el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, declara bajo la gravedad de juramento que no está incurso en causales de inhabilidad e impedimento para ser miembro de la Junta Directiva del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P.
- Actas de Junta Directiva Nos. 787 del 17 de mayo de 2016, No. 788 del 25 de mayo de 2016 y 14 de junio de 2016.

Así mismo, dentro de los archivos de la Contraloría Municipal de Bucaramanga, reposan los siguientes documentos, que sirven de prueba para la presente auditoría:

- Contrato de Consultoría No. 015 del 23 de junio de 2015, suscrito entre el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga y Consultores Económicos y Financieros de Colombia S.A. CEFINCO.
- Adición No. 01 del 5 de febrero de 2016, en plazo del contrato No 015 del 23 de junio de 2015.
- Adición No. 02 del 15 de marzo de 2016, en valor del contrato No 015 del 23 de junio de 2015.
- Adición No. 03 del 3 de junio de 2016, en plazo del contrato No 015 del 23 de junio de 2015.



- Acta de Junta Directiva No. 119 del 16 de mayo de 2016.
- Contrato de Servicios Profesionales Independientes, suscrito entre Consultores Económicos y Financieros de Colombia S.A. CEFINCO y JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, de fecha 15 de marzo de 2016.
- Manual de contratación del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P

### **CONCEPTO SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA MUNICIPAL DE BUCARAMANGA CON ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. ESP**

El control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política, lo que permite concluir que el elemento que permite establecer si una entidad de carácter pública, privada o mixta se encuentra sometida al control fiscal de la Contraloría Municipal de Bucaramanga lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos del mismo Municipio.

EL ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P., es una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, de nacionalidad colombiana, de carácter mixto, estructurada bajo el esquema de sociedad por acciones.

El paquete accionario de la empresa está conformado en parte por patrimonio público y privado de la siguiente forma:

<b>ACCIONISTA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SECTOR PÚBLICO</b>	
<b>Municipio de Bucaramanga</b>	<b>78.6557 %</b>
Municipio de Girón	0.9082 %
Departamento de Santander	0.1509 %
Municipio de Floridablanca	0.5926 %
República de Colombia	15.5135 %
CDMB	0.0002 %
<b>SECTOR PRIVADO</b>	
Particulares varios(256)	0.1317 %
Acciones propias readquiridas	3.9472 %



Total:	100%
--------	------

Es de público conocimiento que la empresa tiene su domicilio principal en la ciudad de Bucaramanga, lugar donde desarrolla la mayor parte de sus actividades y negocios referentes a las funciones propias de la entidad.

Tal como lo establece la Constitución y la Ley 42 de 1993, el control fiscal se ejerce sobre los dineros públicos, por tanto, para que el mismo sea procedente se requiere que los bienes fondos o valores comporten este carácter, sin que para nada se tenga como requisito que la entidad sea pública. Dicho en otras palabras, la función fiscalizadora se realiza sobre el Erario Público, el cual puede estar administrado por servidores públicos o particulares, por lo tanto en nada influye la naturaleza jurídica de la entidad que los maneje, así entonces tenemos que la facultad conferida a la Contraloría Municipal de Bucaramanga se efectúa sobre la gestión fiscal de los dineros de la administración ya sea manejada directamente por el municipio, o ya sea que el erario se encuentre representado en acciones dentro de una entidad privada.

Ahora bien, para determinar el órgano de control fiscal competente en las empresas de servicios públicos de la naturaleza del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga, se debe tener en cuenta, en aplicación de la jurisprudencia expuesta anteriormente, el domicilio principal de los negocios de la sociedad pública o mixta, de mayor jerarquía entre las entidades socias.

Así las cosas, obedeciendo a la naturaleza y composición del **ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E.S.P.**, además del domicilio de la entidad y el lugar donde desarrolla su objeto social, se concluye que la entidad es sujeto de control fiscal de la Contraloría Municipal de Bucaramanga.

### **CONSIDERACIONES DEL EQUIPO AUDITOR**

Para el caso que nos ocupa, se cuestiona el presunto conflicto de interés, inhabilidad o incompatibilidad, que recaía sobre el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, como miembro activo de la Junta Directiva del amb S.A. E.S.P y al mismo tiempo Gerente de la EMAB S.A. E.S.P al ser contratista de CEFINCO, empresa que a su vez era contratista del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A E.S.P.

Conforme al material probatorio recaudado el Equipo Auditor determinó la necesidad de formular una observación, la cual fue concluida así:



### **OBSERVACIÓN**

El Acueducto Metropolitano de Bucaramanga suscribió Contrato de Consultoría No. 015 del 23 de junio de 2015 con Consultores Económicos y Financieros de Colombia S.A. CEFINCO, cuyo objeto era ***“EL CONSULTOR de manera independiente, con plena autonomía técnica y administrativa, utilizando sus propios medios y sin que exista subordinación alguna, se compromete con EL amb S.A. E.S.P. a prestar los servicios de consultoría para efectuar para EL amb S.A. E.S.P en su mercado del servicio de Acueducto en el Área Metropolitana de Bucaramanga el estudio de costos y tarifas establecido en la Resolución CRA 688 de 2014”***, por el término de 7 meses contados a partir de la orden de inicio, posteriormente, el día 5 de febrero de 2016, se prorrogó el plazo en 4 meses, el día 15 de marzo de 2016, se adicionó en valor por la suma de \$12.000.000 y sufrió una última prórroga el día 7 de agosto de 2017, por 2 meses, fijando como fecha de terminación el día 7 de agosto de 2016.

De otra parte, la empresa Consultores Económicos y Financieros de Colombia S.A. CEFINCO suscribió con el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, contrato de Prestación de Servicios Profesionales Independientes, el día 15 de marzo de 2016, con un plazo de 3 meses, contados desde el 15 de marzo de 2015, cuyo objeto era: ***“EL CONTRATISTA, se obliga para con EL CONTRATANTE a prestar asesoría a la empresa CEFINCO S.A. en los siguientes temas específicos relacionados con el CONTRATO 015 DE 2015 que el contratante ha suscrito con el ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E .S.P”***.

Posteriormente y mediante acta de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas No. 119 del 16 de mayo de 2016 del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga, nombró como miembro suplente de la Junta Directiva al Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, a título personal, quien el día 17 de mayo de 2016, de forma escrita aceptó la designación como miembro suplente de la Junta Directiva del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga y a su vez manifestó no estar incurso en inhabilidad o incompatibilidad para ejercer como miembro de la Junta Directiva.

Conforme a lo anterior, evidencia el Equipo Auditor que al momento de ser nombrado miembro suplente de la Junta Directiva del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS tenía vigente contrato de Prestación de Servicios Profesionales con la empresa Consultores Económicos y Financieros de Colombia S.A. CEFINCO, cuyo objeto tenía relación directa con



el contrato No. 015 de 2015, que para ese momento tenía vigente el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga y Consultores Económicos y Financieros de Colombia S.A. CEFINCO, es decir, el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, actuaba como contratista de CEFINCO y a su vez como miembro de la Junta Directiva.

Así mismo, y revisada el acta de Junta Directiva No. 787 del 17 de mayo de 2016, en el numeral 3 del orden del día se presentó el Plan de Obras e Inversiones Regulado (POIR) para un horizonte de proyección de diez años según Resolución CRA 688/2014, tema relacionado con el objeto del contrato suscrito entre JOSE MANUEL BARRERA ARIAS y Consultores Económicos y Financieros de Colombia S.A. CEFINCO; si bien es cierto en dicha reunión extraordinaria no estuvo presente el Señor BARRERA ARIAS, si hizo parte de la reunión ordinaria llevada a cabo el día 23 de mayo de 2016, bajo el acta No. 788, en cuyo numeral tercero se puso a consideración y aprobación de la Junta el acta de Junta No. 787 del 17 de mayo de 2016, en donde fue aprobada con el voto unánime de los miembros presentes, es decir, que en el desarrollo de dicha Junta tampoco puso en conocimiento de la Junta que tenía un contrato de Prestación de Servicios Profesionales con Cefinco, cuyo objeto tenía relación directa con los temas tratados en la Junta Directiva del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga, trasgrediendo el decreto 128 de 1976, el cual estipula las inhabilidades, incompatibilidades y las prohibiciones de los Miembros de Juntas Directivas.

### **RESPUESTA A LA OBSERVACIÓN**

*“...En adición a lo anterior, es fundamental realizar las siguientes claridades de tipo jurídico sobre la inaplicabilidad del Decreto 128 de 1972 al amb S.A. ESP, conforme a las siguientes consideraciones:*

- **Naturaleza jurídica del amb**

*El Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. ESP es una empresa de **servicios públicos mixta**, cuyo régimen especial se encuentra regulado en la Ley 142 de 1994, en virtud del mandato constitucional establecido en el artículo 365 de la Constitución Política que señala:*

*“(...) Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley  
(...)”*

*En ejercicio de esta atribución constitucional, el legislador a través de la ley 142 de 1994 estableció un régimen especial aplicable a los servicios públicos domiciliarios, sus*





*actividades complementarias y a los prestadores de los mismos. Dicho régimen especial encuentra su justificación 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”<sup>1</sup>.*

*Así las cosas, son las disposiciones de la Ley 142 de 1994, el régimen propio de los servicios públicos, (teniendo como base por supuesto, las disposiciones constitucionales establecidas en los artículos 365 y siguientes), disposiciones que de acuerdo al propio artículo 186 ni siquiera pueden ser modificadas, derogadas o contrariadas por leyes posteriores, a menos que estas últimas de manera expresa indiquen la disposición de la **ley 142** objeto de excepción, modificación o derogatoria.*

*“Artículo 186: CONCORDANCIAS Y DEROGACIONES. (...) En caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá ésta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando éstas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria”*

*Aclarado lo anterior, es importante indicar que **las empresas se servicios públicos mixtas NO SON sociedades de economía mixta**, toda vez que estas últimas corresponden a una tipología legal distinta, con régimen propio. Esta diferenciación quedó lo suficientemente definida por la Corte Constitucional cuando señaló en la sentencia C-736 de 2007:*

*“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”. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia C-736-2007



- **Naturaleza de las inhabilidades**

*Las inhabilidades son prohibiciones que señala expresamente la ley que impiden a una persona, ejercer un cargo público, o contratar con el Estado.*

*Para el caso específico de las inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos o cumplimiento de funciones públicas, la Corte Constitucional en sentencia C-380-97 indicó que "Las inhabilidades son restricciones **fijadas por el constituyente o el legislador** para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". (Subrayado fuera de texto).*

*Las inhabilidades, por tratarse de prohibiciones, son de aplicación restrictiva, por lo cual, no es posible su aplicación por analogía. Lo anterior significa que para efectos de configurarse una inhabilidad la misma debe estar expresamente contemplada en la ley o la Constitución, no siendo posible aplicarlas de manera extensiva.*

*Tal entendimiento ha sido objeto de estudio por parte del Consejo de Estado<sup>2</sup>, quien ha señalado:*

*"Como no existe, que se conozca, tal precepto **y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de aplicación restrictiva y respecto del mismo está proscrita la analogía y la extensión de las causales a casos no previstos en la ley**, no resulta procedente interpretar la norma constitucional en el sentido que el servidor deba retirarse ante una relación de parentesco que no existía al momento de su nombramiento y que por lo mismo es anterior a la posesión del pariente, cónyuge o compañero permanente, titular actual de la potestad nominadora". (Subrayado fuera de texto)*

- **Inaplicabilidad del Decreto 128 de 1976 a los miembros de junta del amb**

*El Decreto 128 de 1976, norma presuntamente transgredida por el miembro de junta directiva del amb, refiere en su artículo,*

*"Artículo 1º.- Del campo de aplicación. Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus*



entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos. *NOTA: Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007.*

*Las expresiones "miembros de juntas o consejos", "gerentes o directores" y "sector administrativo" que se utilizan en el presente Decreto se refieren a las personas y funcionarios citados en el inciso anterior y al conjunto de organismos que integran cada uno de los Ministerios y Departamentos Administrativos con las entidades que les están adscritas o vinculadas".*

*Como se observa, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el Decreto 128 de 1976 aplica a los miembros de junta directiva de los Establecimientos Públicos, Empresas Industriales o Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, es decir, queda excluida su aplicación a los miembros de juntas directivas de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas, tipología empresarial que no es equiparable a la de Sociedad de Economía Mixta, como bien lo dejó claro la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007, ya citada.*

Con base en la anterior diferenciación, la Corte Constitucional en la misma sentencia de constitucionalidad de manera expresa se refirió a la aplicación del Decreto 128 de 1975, concluyendo que:

**Como fácilmente puede verse, las normas transcritas dejan por fuera de la aplicación de las normas de transparencia contenidas en el Decreto 128 de 1976 a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de las sociedades de economía mixta y a los gerentes, directores o presidentes de dichas sociedades cuando en ellos no haya aportes públicos superiores al 90%, y a los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, es decir de aquellas empresas de servicios públicos que no son constituidas con capital cien por ciento público.**

Con base en las anteriores consideraciones, resulta claro que al Dr. José Manuel Barrera, miembro de junta directiva del amb S.A. ESP, no le son aplicables las disposiciones del Decreto 128 de 1976, por cuanto: (i) su artículo 1, campo de aplicación, establece con total claridad que el mismo aplica a los miembros de las juntas directivas de Establecimientos Públicos, Empresas Industriales o Comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta; (ii) el amb S.A. ESP es una Empresa de Servicios Públicos Mixta y NO una sociedad de economía mixta; (iii) los regímenes de inhabilidades, por tratarse de prohibiciones, no se pueden aplicar por extensión o analogía a casos que no estén expresamente contemplados en la Constitución o en la



*Ley; y (iv) cualquier duda que pudiese existir al respecto fue aclarada por la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007 cuando expresamente indicó que las empresas de servicios públicos mixtas están por fuera del campo de aplicación del Decreto 128 de 1976..."*

### **CONCLUSIÓN EQUIPO AUDITOR**

Analizado el material probatorio se evidencia que el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga suscribió Contrato de Consultoría No. 015 del 23 de junio de 2015 con Consultores Económicos y Financieros de Colombia S.A. CEFINCO, quien este último a su vez suscribió con el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, contrato de Prestación de Servicios Profesionales Independientes, el día 15 de marzo de 2016, con un plazo de 3 meses, contados desde el 15 de marzo de 2016, cuyo objeto era: **"EL CONTRATISTA, se obliga para con EL CONTRATANTE a prestar asesoría a la empresa CEFINCO S.A. en los siguientes temas específicos relacionados con el CONTRATO 015 DE 2015 que el contratante ha suscrito con el ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA S.A. E .S.P"**.

El Equipo Auditor evidenció que entre la ejecución del contrato de Prestación de Servicios Profesionales entre CEFINCO y JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga, nombró como miembro suplente de la Junta Directiva al Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, a título personal, mediante acta de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas No. 119 del 16 de mayo de 2016, es decir, siendo aún contratista de la empresa CEFINCO, la cual a su vez tenía un Contrato de Consultoría vigente con el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga.

En primera instancia el Equipo Auditor consideró que el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, estaría incurso en un conflicto de interés toda vez que actuaba como contratista de CEFINCO y a su vez como miembro de la Junta Directiva del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga, sin embargo, una vez analizado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la ley 142 de 1994, se concluyó que para el caso concreto no se encontraba establecida específicamente la causal que le aplicara; las inhabilidades por tratarse de prohibiciones, son de naturaleza restrictiva y taxativa, es decir, debe estar expresamente contemplada en la ley, estos regímenes no admiten, ni interpretaciones extensivas, ni la creación de circunstancias que no encuentren expresamente en la ley como tales, fundadas en interpretaciones particulares.

De otra parte y respecto a la aplicación del Decreto 128 de 1976 (*por el cual se dicta el estatuto de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los representantes legales de estas*), respecto de los Miembros de Junta Directiva de una Empresa de Servicios Públicos, el artículo 1 consagra el campo de aplicación del mismo, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Artículo 1º.- Del campo de aplicación. Las normas del presente Decreto son aplicables a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, y a los gerentes, directores o presidentes de dichos organismos. **NOTA:** Expresión subrayada declarada EXEQUIBLE mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-736 de 2007”.*

Cabe resaltar que la ley 142 de 1994, artículo 17 establece la naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos, así:

**“ARTÍCULO 17. NATURALEZA.** *Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley”.*

Conforme a lo anterior, se observa, que el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga, no es un establecimiento público, ni fue constituido como Empresa Industrial y Comercial del Estado, ni mucho menos como una Sociedad de Economía Mixta, ya que esta forma societaria no hace parte de las sociedades por acciones que alude el artículo 17 de la ley 142 citada, ya que en nuestra legislación, solamente se encuentran catalogadas como tales, las Sociedades Anónimas, las Sociedades Comandita por Acciones y las Sociedades por Acciones Simplificadas, motivo por el cual las empresas prestadoras de esta naturaleza, no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la misma. En este sentido, no es acertado asimilar una Sociedad por Acciones de naturales mixta, con una Sociedad de Economía Mixta.

El legislador clasificó a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en oficial, mixta o privada, en razón a los aportes que realicen sus socios. Estas empresas, por expresa disposición legal, deben ser sociedades por acciones y debe regirse por lo señalado en el artículo 19 de la ley 142 de 1994 y en lo no previsto allí, por el Código de Comercio.

La ley 489 de 1998, en el artículo 97, estableció el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta, de la siguiente manera:

**“ARTÍCULO 97.- Sociedades de economía mixta.** Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

No obstante, 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 privado, sean “*sociedades de economía mixta*”. A juicio de la Corporación se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores.

Se concluye que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el decreto 128 de 1976, aplica a los miembros de junta directiva de los Establecimiento Públicos, Empresas Industriales y/o comerciales del Estado y Sociedades de Economía Mixta, es decir, queda excluida su aplicación a los miembros de juntas directivas de las Empresas de Servicios Públicos Mixtas, tipología empresarial que no es equiparable a la de Sociedad de Economía Mixta, como bien lo dejó claro la Corte Constitucional en la Sentencia C-736 de 2007.

### **CONCLUSIONES GENERAL**

Concluye el Equipo Auditor que no se advierten presuntas irregularidades que ameriten ser puestas en conocimiento de autoridades competentes, toda vez que el campo de aplicación del decreto 128 de 1976, excluye a las empresas de Servicios Públicos Mixtas, ya que como se mencionó anteriormente el Acueducto Metropolitano de Bucaramanga, se encuentra enmarcada dentro de este tipo de empresa y no de una sociedad de economía mixta y finalmente en lo relacionado con las inhabilidades, no pueden aplicarse por extensión o analogía a casos que no estén expresamente contemplados en la Constitución o en la ley.

### **ANEXOS**

- Oficio por medio del cual el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, acepta nombramiento para ser miembro de la Junta Directiva del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P.
- Oficio por medio del cual el Señor JOSE MANUEL BARRERA ARIAS, declara bajo la gravedad de juramento que no está incurso en causales de inhabilidad e impedimento para ser miembro de la Junta Directiva del Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P.



- Actas de Junta Directiva Nos. 787 del 17 de mayo de 2016, No. 788 del 25 de mayo de 2016 y 14 de junio de 2016.
- Informe de Observaciones formulado al ente auditado, de fecha 12 de Junio de 2018
- Replica presentada por la Gerente General del Acueducto Metropolitano de fecha 19 de Junio de 2018.
- Concepto Jurídico expedido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de fecha 11 de Julio 2018.

Bucaramanga, agosto 9 de 2018

Atentamente,

**YANINA LICETH BARÓN ORDOÑEZ**  
Profesional Universitaria

**LEIDY TATIANA RENGIFO**  
Profesional Universitario

REVISÓ:

**ELGA QUIJANO JURADO**  
Jefe Oficina de Vigilancia Fiscal y Ambiental (E)