

Sentencia C-1191/00

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Precisión

CONTROL FISCAL-Alcance/CONTROL FISCAL-Objeto

CONTROL FISCAL-Elemento determinante de la sujeción

El elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

CONTROL FISCAL-Integral

CONTROL FISCAL DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Límites de intervención

ORGANOS DE CONTROL-Restricción a ejercicio de funciones/CONTROL FISCAL-Restricción a ejercicio de funciones

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Fondos públicos de departamentos y municipios

CONTROL FISCAL-Cuentas y recursos propios de entidades territoriales

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Cuentas y recursos propios de entidades territoriales

Referencia: expediente D-2880

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000 "Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar regulaciones, trámites y procedimientos".

Demandante: Luis Eduardo Montoya Medina.

Magistrado Ponente :

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., septiembre trece (13) de dos mil (2000).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-4 de la Constitución Política, el ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina, demandó el artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000 "Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos".

Por auto del 23 de marzo del año que cursa, el magistrado sustanciador admitió la demanda presentada, en consecuencia, ordenó fijar en lista las normas acusadas. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República, al señor Presidente del Congreso y, al señor Contralor General de la República, con el objeto, que si lo estimaban oportuno, conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

## I. NORMA DEMANDADA

El siguiente es el texto de la norma demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial 43906 del 22 de febrero de 2000, con la advertencia de que se subraya lo acusado.

Decreto 266 de 2000

(febrero 22)

Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos.

El Presidente de la República de Colombia en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 5º del Artículo 1º de la Ley 573 del 7 de febrero de 2000

DECRETA:

(...)

“Artículo 37- Control Fiscal de las Empresas de servicios públicos.- El control fiscal de las empresas de servicios públicos de carácter mixto, y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de ésta o aquellas, se ejercerá sobre los actos y contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante. Para el cumplimiento de dicha función la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos establecidos en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

“Por razones de eficiencia el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente, mediante acto administrativo motivado, expedido con sujeción estricta a lo señalado en este artículo y en la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios estatales esté sujeto al control”.

## I. LA DEMANDA

Según el demandante, la disposición legal acusada, se encuentra contenida en un Decreto-ley expedido por el Ejecutivo Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas

por el numeral 5º del artículo 1º de la Ley 573 del año 2000, para suprimir o reformar las regulaciones, procedimientos y trámites sobre lo que versó el Decreto 1122 de 1999, sin incluir ningún tema adicional. Añade el actor, que así como no pueden existir facultades extraordinarias temporales para expedir códigos desde la vigencia del artículo 150-10 de la Constitución Política, el Ejecutivo carece de facultad para suprimir, derogar o reformar procedimientos o trámites que se encuentren determinados por leyes ordinarias denominadas "Códigos", ni está facultado para excederse del estricto límite material de sus facultades y menos, para desconocer en su desarrollo los preceptos de la Constitución.

Para el demandante, el Congreso de la República al facultar al Ejecutivo de modo excepcional y transitorio para expedir decretos con fuerza de ley, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 573 de 2000 -para suprimir o reformar procedimientos y trámites inexistentes en la administración pública-, lo hizo para reformar o suprimir las actuaciones existentes pero innecesarias tanto en diciembre de 1998 como en febrero de 2000, condición legal que gravita desde la ley facultante, aunque, en dicha ley, se excluyen los temas de dos formas: mediante la referencia explícita las materias sobre las cuales versó el Decreto-ley 1122 de 1999, como a las que no podía afectar conjuntamente con la limitación estatuida en el parágrafo 5º del artículo 1º de la ley de facultades.

Manifiesta el demandante, que a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, el control fiscal se ejerce como una función pública para vigilar la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen recursos públicos (art. 267, inciso 1º), el cual se ejerce en forma posterior y selectiva, incluyendo el control financiero, de gestión y de resultados. Así mismo, el constituyente, estableció que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y, por lo tanto, tiene el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, tal como reza el artículo 365, inciso 1º de la Carta Política.

Los servicios públicos, señala el actor, se encuentran sometidos al régimen jurídico que expida el Congreso de la República, aunque pueden ser prestados directa o indirectamente por el Estado, por las comunidades organizadas, por los particulares o, mediante la colaboración del capital privado y del público, en las sociedades de economía mixta.

Para el accionante, de la disposición acusada se deduce que para el Ejecutivo legislante los trámites y procedimientos existentes a diciembre de 1998, en junio de 1999 y en febrero de 2000 respecto del control fiscal de las empresas de servicios públicos de carácter mixto y de las privadas en las cuales el Estado sea asociado, eran innecesarios, pues no de otra forma se explica la promulgación del artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000, para restringir el control fiscal a una específica cantidad de documentos y al momento de las deliberaciones de socios de cada final de ejercicio.

Así pues, a juicio del demandante, el artículo demandado ha limitado el control fiscal en las empresas mixtas cuyo objeto social sea la prestación de servicios públicos domiciliarios, como en las de carácter privado en las que participe el Estado, los entes territoriales o sus entidades descentralizadas, al control legal derivado de su calidad social, de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, correspondiente a sus accionistas o aportantes, acogiendo una postura legislativa que desconoce los mandatos de orden superior en relación

con los controles fiscales de gestión y de resultados, debilitando de esa manera la función pública del control fiscal, la vigilancia de los bienes públicos y de los aportes o cuotas de participación oficiales en las empresas mixtas de servicios públicos, como en las privadas en las que participe el Estado, sus entes territoriales y sus organismos descentralizados.

Para el actor, no es exequible que los entes jurídicos mixtos dedicados a la prestación de servicios públicos, de modo amplio, y ahora tan sólo en la de los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1993), den lugar para que el control fiscal prácticamente desaparezca sobre los derechos de la comunidad, por cuanto, no debe existir ninguna diferencia entre los bienes patrimoniales de los particulares asociados que admitan esa débil vigilancia, respecto de los bienes, aportes o dineros tomados del erario para colocarlos en conjunto, cualquiera que sea su proporción o cuota, con los del sector privado. Ello es así, como quiera que los efectos públicos por su naturaleza -más que por su monto-, deben ser objeto de exigentes controles sin importar las manos que los administren y manejen.

El constituyente de 1991 abarcó con el control fiscal las actuaciones públicas como las de los particulares cuando manejan fondos o bienes de la Nación, y por extensión bienes de los entes territoriales y de los entes descentralizados, de conformidad con el artículo 267 Superior, ejercido en sus diversas manifestaciones o modalidades, es decir, en lo financiero, de gestión y de resultados. Entonces, el precepto normativo demandado al reducir el control fiscal en las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios a los ámbitos estrictamente financieros, está indicando que resultan ser innecesarios los controles fiscales de gestión y de resultados.

Manifiesta el demandante, que el constituyente colombiano desde hace un tercio de años, ha acunado tesis y modelos estatales colaboracionistas, elemento desde el cual se edifican las previsiones de las sociedades de economía mixta en la Carta de 1968 y de 1991, como en los Códigos de Comercio y en las legislaciones de la contratación pública o estatal, por lo que ahora no se puede sustraer a la obligación de afinar el control fiscal en esas personas jurídicas, ni menos, asumirse que sólo son buenas para el evento de los aportes pero no respecto de la vigilancia de su gestión, razón por la cual, la discriminación además de inexecutable, resulta odiosa por lo infundada.

Por lo tanto, el inciso 1º del artículo acusado debe ser declarado inexecutable, porque excedió las facultades del legislador habilitado, así como violó los preceptos y alcances del control fiscal determinado por el Constituyente respecto de los bienes públicos, para los que no efectuó distinción entre si se encontraban solos o mezclados con los de los particulares en las sociedades de economía mixta. Los particulares y sus patrimonios bajo la expresión del derecho de propiedad tienen obligaciones sociales y deberes para con la comunidad, lo que no les habilitan para sustraerse del control fiscal como función pública en las empresas de servicios públicos, pues de suyo se trata de actividades en las que debe prevalecer el interés público y los derechos de la comunidad, interés colectivo que supedita los intereses particulares.

Por otra parte, el inciso 2º del artículo demandado, riñe con la Constitución Política, por cuanto, en él se confiere al Contralor General de la República, un poder prevalente del cual constitucionalmente carece. En efecto, para el actor, el inciso 2º acusado desconoce que los

poderes prevalentes sólo los puede crear el constituyente, porque de lo contrario, los distintos entes y órganos estatales dejarían de ser autónomos así actuaren coordinadamente en la realización de los fines estatales como lo indica el artículo 113 de la Carta, pues en los órganos de control solamente el Procurador General de la Nación, goza por mandato superior (art. 277-6 C.P.), de dicho poder prevalente en materia disciplinaria.

Señala el demandante, que la Constitución en ninguna norma faculta al Congreso como legislador, ni al Presidente como legislador habilitado, para establecer dicha preeminencia, pues no se trata de suprimir poderes prevalentes coexistentes, menos aun que sea de recibo en la Constitución vigente la cual carece de dicho poder prevalente en materia de control fiscal de las empresas mixtas de servicios públicos para el Contralor General de la República, razón por la cual esa previsión del Decreto-ley 266 de 2000 resulta contraria a la Carta Política de 1991.

El inciso 2º de la norma demandada desconoce que por expreso mandato constitucional, se reconoce la autonomía fiscal de los entes territoriales (art. 287 C.P.), y a los Concejos Distritales y Municipales en su caso, elegir los respectivos contralores (art. 272 ib), sin que jerárquicamente dependan de la Contraloría General de la República, ni descentralizada ni desconcentradamente, es decir, la Contraloría General no es un organismo jerárquicamente establecido sobre las contralorías departamentales, distritales y municipales, tanto que por previsión del artículo 272 Superior, la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y no a la Contraloría General de la República.

Finalmente, considera el ciudadano demandante, que no se concibe que mediante un acto administrativo del Contralor General de la República, de “plumazo” se deroguen las reglas constitucionales del control fiscal territorial, de las normas nacionales que lo desarrollan, de las ordenanzas organizadoras de las contralorías departamentales y de los acuerdos distritales y municipales expedidos en la materia.

#### IV. COADYUVANCIA DE LA DEMANDA

La Contraloría de Santafé de Bogotá, interviene a través de apoderada, con el objeto de coadyuvar las pretensiones de la demanda.

Luego de realizar un extenso análisis sobre el control fiscal, y de citar varias sentencias de esta Corporación como del Consejo de Estado, considera la entidad coadyuvante, que resulta claro que independientemente de la naturaleza del organismo o persona que ejecute, administre o recaude recursos públicos, el ejercicio del control fiscal frente a tales sumas es un imperativo constitucional que debe ser cumplido por parte de las Contralorías. En efecto, el control fiscal constituye una función pública de origen constitucional, plenamente reglada y de obligatorio ejercicio, por lo tanto, no es eventual, ni transable, ni facultativo.

El control fiscal, señala la entidad coadyuvante, tiene como propósito fundamental, garantizar la correcta y legal utilización de los recursos públicos, independientemente de la naturaleza jurídica de quien realiza la gestión, o de la actividad que desarrollen y, en ese orden de ideas, recae tanto sobre los servidores públicos, como sobre los particulares que manejen fondos o bienes del Estado. Es decir, que donde hay recursos del Estado, allí debe

estar presente el control fiscal sin importar condicionantes o accidentes de ninguna índole.

Por lo tanto, en concepto de la Contraloría de Santafé de Bogotá, el Presidente de la República, so pretexto de ejercer unas facultades extraordinarias para suprimir y modificar trámites innecesarios existentes en la administración, decidió establecer en el Decreto 266 de 2000, que el control fiscal asignado a las contralorías se debe ejercer en los mismos términos establecidos en el Código de Comercio para los socios, desconociendo de esa manera, que el organismo de control no puede ser limitado en el ejercicio de su función pública, mucho menos cuando está comprometido el patrimonio público, conjugado con el privado, para la prestación de servicios públicos, es decir, para la satisfacción de necesidades colectivas.

## V. INTERVENCIONES

### 1. Intervención del Ministerio del Interior.

El apoderado del Ministerio del Interior, interviene para defender la constitucionalidad de la norma acusada.

Considera que el Ejecutivo no se extralimitó en el ejercicio de sus facultades, por cuanto, el numeral 5º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, lo revistió de facultades extraordinarias, para suprimir o reformar las regulaciones, procedimientos y trámites sobre lo que versó el Decreto 1122 de 1999, sin incluir ningún tema adicional. Por lo tanto, se trata de la reforma de una regulación existente, tanto a diciembre de 1998, esto es, antes de la expedición de la Ley 489 de 1998, como a febrero de 2000 (antes de la expedición del decreto cuestionado), pues se trata de una norma contenida en la Ley 142 de 1994.

Por otra parte, señala la entidad interviniente, que frente a la acusación que hace el demandante del inciso 1º del artículo 37 del Decreto 266 de 2000, en el sentido de que se está limitando el control fiscal que debe ejercer la correspondiente Contraloría, es infundada, porque la diferenciación del control fiscal que ejercen las Contralorías sobre las empresas de servicios públicos de carácter mixto, en las que las entidades públicas poseen aportes, se justifica en la medida en que se debe respetar su autonomía.

Considera que de conformidad con la jurisprudencia, el control fiscal especial ejercido por la Contraloría sobre los actos y contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante, no desconoce la función social que deben cumplir las empresas de servicios públicos; adicionalmente, las empresas de servicios públicos poseen un régimen especial y, por lo tanto, dicho control no se puede aplicar a la empresa como tal, sino a los aportes del Estado cuya procedencia está prevista en la Ley 142 de 1994.

Señala, que de conformidad con jurisprudencia del Consejo de Estado, la Ley 42 de 1994, no crea una limitación a la función de control fiscal sobre las empresas mixtas o privadas, sino por el contrario, su aplicación debe ser complementaria, concurrente y armónica con las disposiciones generales que regulan la función de control fiscal que se encuentran contenidas en la Ley 42 de 1993, como quiera que ambas leyes reflejan el sistema integral de control de los bienes y recursos públicos, independientemente del sujeto que los maneje o administre.

Para el Ministerio del Interior, la acusación en contra del inciso 2º del artículo demandado, no tiene asidero jurídico, como quiera que en la Constitución nada se opone a que el poder preferente o prevalente sea atribuido por la ley, tal como acontece con las facultades del personero municipal atribuidas por el numeral 4º del artículo 178 de la Ley 136 de 1994, que le asignó al Contralor General el poder preferente en materia disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales.

Por lo tanto, la circunstancia de que el Contralor General de la República, acumule algunas funciones de las demás contralorías en materia de control fiscal ejercido sobre las empresas de servicios públicos de carácter mixto, se trata de un asunto excepcional que de ninguna manera vulnera la autonomía prevista en la Constitución para las Contralorías Territoriales.

## 2. Intervención de la Contraloría General de la República.

Para la entidad interviniente, las entidades fiscalizadoras son titulares de un control colateral que sólo versa sobre la gestión que el Estado realice frente a los bienes que conforman una empresa de servicios públicos domiciliarios y no sobre la prestación misma del servicio, porque para esto se creó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Para la Contraloría General las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden ser objeto de un control fiscal semejante al que se ejerce sobre los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta dedicadas a la prestación de otros servicios y a la producción de bienes distintos de la prestación de servicios públicos domiciliarios, porque el legislador pretendió hacer uso de la facultad constitucional para indicar el control posterior y selectivo sobre dichas empresas. De ahí que los artículos 27-4 y 50 de la Ley 142 de 1994, lo prescriben sobre los bienes, actos y contratos referidos a los aportes hechos al capital, a los derechos que tales aportes confieren sobre el resto del patrimonio y, a los dividendos que les puedan corresponder a las entidades estatales.

Manifiesta la entidad interviniente, que según lo regulado en el Código de Comercio, los aportes son elementos de la esencia del contrato social y, en tal sentido, el socio aportante tiene derecho en relación con las acciones, cuotas o partes de interés. Por lo tanto, las contralorías pueden entrar a revisar el manejo que el socio estatal le está dando a los intereses que incuben al Estado.

Por ello, a su juicio, resulta coherente que las contralorías tengan la facultad de revisar, como lo haría cualquier socio, la gestión de dichas empresas a nivel de los libros, documentos e informes que la evidencian, siempre en los mismos términos y con los mismos límites que el socio particular.

Entonces, las empresas de servicios públicos domiciliarios con aportes o participación de la Nación, de las entidades territoriales o de las empresas industriales y comerciales del Estado en sus diferentes niveles, que presten tales servicios, son sujetos de control fiscal, el cual se ejerce con fundamento en los principios de la eficiencia que las gobiernan y, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales que regulan el control fiscal, en armonía con los postulados consagrados en la Ley 42 de 1993 y, los objetivos que orientan las empresas de servicios públicos domiciliarios en los términos fijados en la Ley 142 de 1994. Siendo ello

así, en ningún momento se debilita la función pública del control fiscal, sino que por el contrario, se fortalece y complementa.

En relación con la acusación hecha en contra del inciso 2º del artículo demandado, expresa la Contraloría General, que el contenido de la norma se adecua perfectamente a la Constitución, para que sea ese organismo la única autoridad encargada de dictar la regulación en la cual se determinen los procedimientos para realizar ese control fiscal, en el orden nacional, departamental, distrital y municipal, con el objeto de unificar un sistema único de control que fije reglas de juego claras para cualquier empresa de servicios públicos domiciliarios o mixta.

Así las cosas, la función que desarrolla el inciso 2º del artículo 37 del Decreto 266 de 2000, en relación al Contralor General de la República, para poder acumular en su Despacho las funciones de las otras contralorías en forma prevalente, se encuentra acorde con los principios que orientan la función administrativa previstos en el artículo 209 Superior y desarrollados en el decreto demandado, permitiendo determinar si en igualdad de condiciones de calidad de los bienes y servicios del Estado, en su condición de accionista o aportante se obtiene a un menor costo y, si estos son los más adecuados para el logro de los objetivos de las empresas de servicios públicos dentro del contexto de autonomía y descentralización del control fiscal.

Finalmente, la Contraloría General de la República solicita la declaratoria de exequibilidad del artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000 “en el entendimiento que hace referencia a las facultades del Contralor General para :

“ A) Armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades del orden nacional y territorial.

B) Ejercer control concurrente y prevalente sobre empresas de servicios públicos de nivel territorial con recursos de la Nación tal como lo establece la Constitución y lo avala la Sentencia de la Corte Constitucional C-403/99”.

### 3. Intervención del Ministerio de Desarrollo Económico.

Para el Ministerio de Desarrollo Económico, las acusaciones de la demanda en contra del artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000, carecen de fundamento fáctico, como quiera que para el legislador extraordinario en ningún momento se presenta como innecesaria la función pública del ejercicio del control fiscal, razón por la cual no pretende eliminarla del mundo jurídico, como mal lo entiende el accionante.

En efecto, teniendo como principio orientador el control y fiscalización de los recursos públicos, el legislador –en este caso el extraordinario- puede válidamente dentro de los parámetros fijados por la Constitución, implementar de manera general la forma como los organismos de control competentes pueden entrar a ejercer sus funciones constitucionales, teniendo en cuenta para ello, tópicos tales como los órganos que la ejercen en los diferentes niveles, definición de conceptos, niveles de autonomía con respecto a otro tipo de controles, maneras de realizar las diferentes clases de control y, como en el caso sub lite, formas de ejercer el control de acuerdo al tipo de bienes, recursos o vínculos de patrimonio público.

Para la entidad interviniente, la norma cuestionada es clara en asimilar los derechos del capital estatal a los de cualquier accionista, razón por la cual ambas instancias de fiscalización tendrán, en un mismo momento, los mismos derechos de solicitud de información adicional y de acceso a los estados de gestión y resultados, revisados, aprobados y certificados.

Por último, considera que respecto de la asignación de funciones a la Contraloría General sobre las Contralorías Territoriales, esto se configura como uno de los postulados excepcionales que puede prever la ley, permitiéndole así a ese organismo ejercer control posterior sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, de conformidad con lo previsto en el inciso 3º del artículo 267 de la Constitución Política.

## VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

Para el Procurador General de la Nación el artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000, es inconstitucional tanto por razones de forma como de fondo, y en tal sentido, solicita a esta Corporación declarar su inexecutableidad.

Continúa su exposición, señalando que con base en las facultades extraordinarias concedidas al Gobierno Nacional por el artículo 1º numeral 5º de la Ley 573 de 2000, fue expedido el Decreto-ley 266 del mismo año, en cuyo artículo 37 demandado, se señaló un régimen especial de control fiscal a las empresas de servicios públicos de carácter mixto y de carácter privado, en cuyo capital participe la Nación.

Para el Ministerio Público, el Gobierno Nacional desbordó las facultades concedidas en la ley habilitante, ya que esta en ningún momento lo faculta para reformar el régimen de control fiscal que se encuentra vigente y, señalar un sistema de vigilancia fiscal diferente, especial o excepcional, para las empresas de servicios públicos domiciliarios.

En efecto, la Ley 573 de 2000 únicamente autoriza al Ejecutivo para suprimir o reformar las regulaciones o procedimientos y trámites, con el fin de garantizar los principios constitucionales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior; por ende, el ejercicio del control fiscal y el señalamiento de un régimen especial para las empresas de servicios públicos mixtas o privadas, es a todas luces diferente de la supresión o reforma de procedimientos existentes orientados por la política antitrámites.

Así las cosas, para el Procurador General al no contener la ley habilitante facultades precisas para reformar la Ley 42 de 1993, el artículo demandado es inconstitucional por vulnerar directamente el artículo 150-10 de la Constitución Política.

Ahora bien, analizando materialmente el inciso 1º del artículo 37 del Decreto 266 de 2000, para el Ministerio Público, la norma acusada pretende darle a los recursos públicos y al Estado, el mismo tratamiento que se le da a los recursos privados y a los particulares, sin tener en cuenta que los asuntos públicos deben ser manejados a través de principios especiales en los cuales prima el interés público y social, a diferencia del ánimo de lucro que orienta el interés particular.

Considera el Procurador, que para dar efectividad a las normas de rango superior,

concretamente al artículo 267, el control fiscal posterior y selectivo se debe ejercer sobre las empresas de servicios públicos de carácter mixto o privado en las cuales el Estado tenga participación, sobre todos los actos y contratos en donde estén comprometidos recursos públicos, sin que se le pueda restringir el acceso a los documentos en el momento que así lo solicite y, no sólo al final del ejercicio como lo contempla la norma acusada.

Restringir al Estado el acceso a los documentos al final de cada ejercicio, en las mismas condiciones en que lo hace al accionista particular, pone en peligro la seguridad de los recursos públicos “en tanto el control fiscal sólo podría hacerse cuando se ha ejecutado no la actuación como sucede en las demás entidades públicas, sino cuando ha culminado el ejercicio que va del 1º de enero al 31 de diciembre de cada año”.

Por ello, para el Ministerio Público, cuando los particulares se asocian con el Estado deben someterse al interés público y general y, en ese orden de ideas, someterse a un régimen jurídico especial, en tanto los principios que orientan toda actividad que realice el Estado o en la que éste haga parte, deben tener en cuenta, necesariamente, que su cometido institucional y su fin esencial es el de destinar sus actuaciones y su patrimonio al servicio de la comunidad, a promover la prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes que consagra la Constitución Política.

Entratándose de la acusación del demandante en contra del inciso 2º del artículo 37 del Decreto 266 de 2000, manifiesta el Procurador que: “...obsérvese que el inciso tercero del artículo 267 constitucional, señala que la Vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales y en los casos excepcionales previstos en la Ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

“Al respecto conviene recordar la Contraloría General realiza el control excepcional, únicamente entratándose de los denominados recursos propios de los entes territoriales, pues allí la regla general es que el control sea ejercido por las Contralorías respectivas. De tal suerte que la autorización prevista en la parte final del inciso tercero del artículo 267 de la Carta se refiere a los recursos propios de los entes territoriales, en tanto que el control fiscal sobre los recursos de origen nacional es una facultad permanente y no restringida de la Contraloría General de la República.

“Por lo anterior, los argumentos del demandante, sólo resultan válidos en tanto se trate de ‘recursos propios’ como objeto del control fiscal, pues allí un acto administrativo no puede desplazar la competencia ordinaria del legislador. En cambio, si se trata de recursos de origen nacional, así hayan sido incorporados al ente territorial, es el Contralor General quien decide si ejerce o no el respectivo control, pues se trata del ejercicio de su competencia constitucional”.

## VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para

conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la que se acusa en la demanda que se estudia.

2. Extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, mediante la Ley 573 de 2000.

2.1. El artículo 150-10 de la Constitución Política, dispone: “Revestir hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje...”.

De manera pues, que por mandato constitucional, el legislador ordinario, puede desprenderse temporalmente de su función constitucional legislativa, para revestir al Presidente de la República de “precisas” facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley.

Mediante la Ley 573 de 2000, se revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para: “5. Suprimir o reformar las regulaciones, procedimientos y trámites sobre lo que versó el Decreto 1122 de 1999, sin incluir ningún tema adicional. El ámbito de aplicación de las normas expedidas en desarrollo de las presentes facultades cobijará a los organismos públicos de cualquier nivel, así como aquellos que teniendo naturaleza privada ejerzan por atribución legal funciones públicas de carácter administrativo, pero sólo en relación con estas últimas”.

(...)

Parágrafo 1º. Las facultades de que trata el presente artículo se ejercerán con el propósito de garantizar la realización de las siguientes finalidades:

a) La modernización, tecnificación, eficacia y eficiencia de los organismos objeto de las presentes facultades;

a. La utilización eficiente del recurso humano;

c) La competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales;

d) La obligación del Estado de propiciar una capacidad continua del personal a su servicio;

a. La sujeción al marco general de la política microeconómica y fiscal; y

f) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad.

Ahora bien, el Decreto-ley 1122 de 1999, al cual se refiere la ley 573 de 2000, como criterio para determinar los límites de materia, fue expedido en virtud de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, facultando al Ejecutivo para, entre otras “Suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”.

Parágrafo 1º. Las facultades extraordinarias conferidas por el presente artículo, se ejercerán por el Gobierno con el propósito de racionalizar el aparato estatal, garantizar la eficiencia y la eficacia de la función administrativa y reducir el gasto público”.

2.2. Así pues, con fundamento en las facultades conferidas en la Ley 573 de 2000, el legislador extraordinario expidió el Decreto-ley 266 de 2000 “por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos” y, en su artículo 37 aquí demandado, consagró un régimen especial de control fiscal en las empresas de servicios públicos de carácter mixto y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas, estableciendo que la vigilancia de las gestión fiscal se ejercerá sobre los actos y contratos, que versen sobre gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante. Indica además, la normatividad legal acusada, que para el cumplimiento de dicha función, la contraloría competente tendrá acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Observa la Corte, que el numeral 5º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, concedió atribuciones al Ejecutivo para suprimir o reformar regulaciones procedimientos y trámites innecesarios en la administración pública, con el fin de garantizar los principios constitucionales que orientan la función administrativa señalados en el artículo 209 de la Constitución Política, cuales son, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Entonces, se analizará por esta Corporación, si el legislador extraordinario desarrolló adecuadamente el preciso marco de atribuciones señaladas en la ley habilitante, de conformidad con las disposiciones de la Carta Política y la jurisprudencia de esta Corte.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que como quiera que por disposición constitucional, la facultad legislativa radica en el Congreso (art. 150.1-2 C.P.), puede dicho organismo en forma excepcional y temporal, trasladarla al Ejecutivo (art. 150-10), quien deberá ejercerla dentro de los precisos y estrictos términos que señale el Congreso de la República en la ley habilitante.

Sobre este punto, ha dicho esta Corporación:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en el sentido de que, hallándose la función legislativa en cabeza del Congreso de la República como principio general, las posibilidades de que sea el Ejecutivo el que, mediante decretos, cumpla ese papel son excepcionales.

Por este motivo, cuando el Congreso, a solicitud del Gobierno, hace uso de las atribuciones que le otorga el numeral 10 del artículo 150 C.P. y reviste al Presidente de precisas facultades extraordinarias por tiempo que no puede superar los seis meses, las autorizaciones que confiera son de interpretación restrictiva, pues están circunscritas de modo exclusivo al tenor literal de la norma habilitante, lo que implica que, además del límite temporal que debe concretarse en el precepto correspondiente, el Presidente de la República

se encuentra ante una restricción de índole material que le impide extender su precaria atribución legislativa a temas no contemplados de manera explícita en la ley de facultades.

Por eso, cuando el Jefe del Estado dicta los decretos-leyes mediante los cuales aspira a hacer uso de las facultades extraordinarias, debe consultar el específico alcance de éstas para delimitar el campo normativo dentro del cual le es posible actuar en calidad de legislador extraordinario.

Son inconstitucionales, en consecuencia, los decretos que expida el Gobierno invocando facultades extraordinarias en cuanto toquen materias diversas de las señaladas en forma taxativa por el legislador ordinario, puesto que, en tales eventos, además de quebrantar la propia ley a la que el Ejecutivo estaba sujeto, se invade la órbita propia del legislador, ya que el Gobierno solamente puede expedir normas de jerarquía y con fuerza legislativas por virtud de la facultad conferida, que si le es insuficiente para adoptar las determinaciones contenidas en los decretos-leyes, deja a éstos despojados de la necesaria competencia de quien los puso en vigor..." (Sent. C-398 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Así las cosas, se pregunta la Corte, si puede equipararse el ejercicio de la función pública del control fiscal, a la supresión o reforma de regulaciones, procedimientos y trámites? La respuesta es negativa. Y, adicionalmente, cabe preguntarse, en que contribuye el artículo 37 demandando a garantizar la realización de las finalidades contenidas en el parágrafo 1º del artículo 1º de la ley habilitante, ya citadas.

Las regulaciones, los procedimientos y los trámites, a que se refiere el numeral 5º de la Ley 573 de 2000, se deben entender, en los términos de la misma ley (parágrafo 2º), como relativas a requisitos y formalidades que gobiernan las relaciones entre particulares y la administración pública, o las que se exigen a las personas para el ejercicio de sus actividades o, que determinan el comportamiento interno de las entidades; muy distinto de ejercer una función pública como lo es el control fiscal (art. 267 C.P.) y, menos de señalar un régimen especial para las empresas de servicios públicos domiciliarios, los cuales de conformidad con la Constitución, son inherentes a la función social del Estado (art. 365 C.P.).

2.3. En efecto, el control fiscal ha sido instituido como una función pública que se realiza en forma posterior y selectiva, ejercida por la Contraloría General de la República, entidad que se encarga de ejercer el control fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos. Esta vigilancia fiscal 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..." (art. 267 C.P.).

El Gobierno Nacional, al expedir el artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000, no sólo ha desbordado sus precisas facultades extraordinarias, sino que ha limitado el ejercicio del control fiscal en las empresas mixtas cuyo objeto social sea la prestación de servicios públicos domiciliarios, como en las de carácter privado en las que participa el Estado, los entes territoriales o sus entidades descentralizadas, al control sobre los actos o contratos, derivados de su calidad de socio, de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio, desconociendo la Constitución Política en relación con el control de gestión y de resultados y, adicionalmente, debilitando en forma ostensible la vigilancia de los bienes públicos en las empresas de servicios públicos.

Como lo señala el Ministerio Público, la disposición acusada pretende darle a los recursos públicos y al Estado, el mismo tratamiento que se da a los recursos privados y a los particulares, olvidando lo dispuesto en la Carta Política, según la cual el control fiscal se instituye como una función pública autónoma, ejercido por la Contraloría General de la República como entidad independiente de naturaleza técnica y, recae sobre la gestión fiscal de la administración y, sobre la de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (arts. 119 y 267 C.P.).

Esta Corporación en reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre los alcances del control fiscal y, ha dicho : “El control fiscal es una función pública autónoma que ejercen los órganos instituidos en la Constitución con ese preciso objeto. Dicho control se extiende a las actividades, operaciones, resultados y demás acciones relacionadas con el manejo de fondos o bienes del Estado, que lleven a cabo sujetos públicos o particulares, y su objeto es el de verificar -mediante la aplicación de sistemas de control financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, de revisión de cuentas y evaluación del control interno- que las mismas se ajusten a los dictados y objetivos previstos en la Constitución y la ley.” (Sent. C-586 de 1995. Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo).

Resulta pues incuestionable, que el objetivo principal del control fiscal es la protección del patrimonio de la Nación, el cual se encuentra constituido por los bienes y recursos de propiedad del Estado Colombiano, independientemente de que se encuentren recaudados o administrados por entidades públicas o, por particulares, de ahí que el elemento que permite establecer si un organismo o entidad se encuentra sujeta o no al control fiscal de las contralorías, es el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación.

Así lo entendió el legislador al expedir la Ley 42 de 1993, al establecer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación, es decir, que el control fiscal recae sobre una entidad, ya sea que pertenezca o no a la administración, cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos con el objeto de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política.

Por otra parte, el Congreso de la República al expedir la Ley 142 de 1994, que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, determinó en su artículo 27.4, que en las empresas de servicios públicos con aportes oficiales, son bienes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas, los aportes hechos por ellas al capital, los derechos que ellas confieren sobre el resto del patrimonio y los dividendos que les puedan corresponder. Así mismo, consagró en el precepto normativo citado, que a esos bienes y a los actos o contratos que versen en forma directa, expresa y exclusiva sobre ellos, se aplicará la vigilancia de la Contraloría General y de las Contralorías departamentales y municipales, lo cual significa, que los recursos públicos no se sustraen del control fiscal por el solo hecho de integrar el patrimonio social de una empresa de servicios públicos.

Siendo ello así, el control en los términos precisos que señala el artículo 267 de la Constitución Política, se debe realizar en forma integral, esto es, la vigilancia de la gestión fiscal del Estado ha de incluir un control financiero, de gestión y de resultados, con el fin de que se cumplan los objetivos a los cuales están destinados. De manera pues, que no puede concebirse, una separación entre las órbitas pública y privada en relación con las actividades

que interesan y afectan a la sociedad en general, de ahí, que si los particulares se encuentran asumiendo la prestación de los servicios públicos, están sujetos a los controles y, además a las responsabilidades propias del desempeño de las funciones públicas.

Por lo tanto, el legislador extraordinario, si bien reconoce la procedencia del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios constituidas con participación de recursos públicos, se inspira en el suceso societario, como lo señala el demandante, según el cual, los derechos del socio en las personas jurídicas mixtas y en las generadas en la participación con los particulares, se convierten en patrimonio del sujeto jurídico generado y de esa forma en efecto particular, dejando de lado los intereses generales de la comunidad, lo que se traduce en el interés general o público, circunstancia esta que hace que el precepto jurídico demandado, sea lesivo de los principios de rango constitucional que informan la función pública del control fiscal.

Ahora bien, el artículo 37 cuestionado, contiene una restricción al ejercicio de la función pública asignada a las contralorías, en la medida en que reduce su intervención al acceso exclusivo a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista, en los términos que se establecen en el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Tanto la Constitución Política (art. 267) como la Ley 42 de 1993 (art. 9) establecen los sistemas para el ejercicio del control fiscal, a saber, control financiero, de legalidad, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. De manera pues, que si aplicando estos sistemas que se encuentran relacionados con los estados financieros de la empresa, con los planes que se adopten para la vigencia fiscal, con los resultados obtenidos durante su ejercicio y, con el cumplimiento de la ley en cada una de las actuaciones que se adelanten por parte de las empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, esto es en donde existan recursos públicos, necesariamente se tiene que concluir, que las entidades encargadas de ejercer el control fiscal, tienen que solicitar la información pertinente para poder cumplir adecuadamente con el ejercicio de su función constitucional y legal.

De ahí, que la restricción o limitación que trae la norma acusada resulta violatoria de la Constitución, como quiera que impide el ejercicio adecuado del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, en la medida en que restringe el acceso de los organismos de control a una serie de documentos necesarios para la verificación de un control fiscal integral, mucho más en las empresas a las que se ha hecho referencia, las cuales prestan un servicio que por definición de la Constitución (art. 365), son inherentes a la finalidad social de Estado, quien tiene como deber asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

2.4. Finalmente, el actor acusa el inciso 2º del artículo 37 de la Ley 266 de 2000, que señala que por razones de eficiencia el Contralor General de la República podrá, además, ejercer funciones de fiscalización de fondos públicos del orden departamental y municipal, mediante acto administrativo debidamente motivado

Respecto de esta acusación, es necesario precisar algunos aspectos:

El artículo 267 inciso 3º de la Carta, preceptúa que “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”.

Por su parte, el artículo 272 Superior dispone que la vigilancia de la gestión fiscal en los departamentos, distritos y municipios en donde existan contralorías, a ellas les corresponde ejercerlo en forma posterior y selectiva; así mismo el artículo 287 ejusdem, confiere autonomía a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses.

De manera pues, que por una parte, la Contraloría General de la República, goza de una amplia facultad para ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial, como lo dispone el artículo 267 Superior citado; y, por la otra, los departamentos, distritos y municipios en donde existan contralorías, ejercen la vigilancia de la gestión fiscal.

Al respecto, es necesario precisar, que la Contraloría General de la República realiza un control de excepción sobre los dineros transferidos por la Nación a cualquier título a las entidades territoriales, como quiera que en estos casos dicho organismo actúa como órgano superior de control fiscal del Estado atendiendo los intereses de carácter nacional, de ahí que “...los recursos que se les transfieran, a pesar de que ingresan al presupuesto de las entidades territoriales, no por eso pierden su esencia y no dejan de tener un destino inherente a las finalidades del Estado (art. 2 C.P.)” (Sent. C-403 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

Otra cosa sucede con los recursos propios de las entidades territoriales, constituidos por los rendimientos que provienen de la explotación de los bienes de su propiedad o de las rentas tributarias obtenidas en virtud de fuentes tributarias, a saber, impuestos, tasas y contribuciones propias, pues en estos casos, la regla general, es que el control sea ejercido directamente por las Contralorías respectivas.

Así las cosas, como lo expresa el Ministerio Público, la acusación hecha por el actor respecto del inciso 2º del artículo demandado, solamente resulta válida tratándose de los denominados recursos propios, como quiera que se trata del manejo de sus propios asuntos, es decir, los que les conciernen y son de su esencia, pues en caso contrario, no podría hablarse de autonomía de las entidades territoriales. En tanto que en los recursos de origen nacional, así se encuentren incorporados a los entes territoriales, el Contralor General, como se dijo, goza de una amplia facultad para ejercer el control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

2.5. De todo lo expuesto queda claro que el legislador extraordinario además de desbordar las precisas facultades concedidas en la ley habilitante, desconoció los principios que orientan el ejercicio de la función pública del control fiscal, al pretender que dicho control, asignado a la Contraloría General de la República y a las Contralorías, se debe ejercer en los mismos términos que se establecen en el Código de Comercio para los socios, razones por las cuales el artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000 será declarado inexecutable.

## VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE el artículo 37 del Decreto-ley 266 de 2000 “por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos”.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

FABIO MORON DIAZ

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Magistrada (e)

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN H. ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (e)

