

Sentencia C-290/02

COSA JUZGADA MATERIAL-Alcance

COSA JUZGADA MATERIAL-Presentación/COSA JUZGADA MATERIAL-Identidad de textos y de contenido normativo

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Cuadro comparativo para determinación

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES-Comprende aportes de la Nación, entidades territoriales o entidades descentralizadas de aquella o éstas

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA-Entidad descentralizada de incorpora aportes privados

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-Clasificación

CONTROL FISCAL-Elemento determinante de la sujeción

CONTROL FISCAL-Integral

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS MIXTAS Y PRIVADAS-Límite legislativo al ejercicio resulta inconstitucional

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS CON PARTICIPACION DEL ESTADO-Límite impuesto por norma

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Límite al control fiscal en empresas de servicios públicos

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES-No restricción

EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES-Aportes que comprende

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES-Inconstitucionalidad de restricción

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS CON PARTICIPACION DEL ESTADO-Aportes y actos o contratos sobre gestiones del Estado en calidad de accionista/CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS

DOMICILIARIOS CON PARTICIPACION DEL ESTADO-Acceso exclusivamente a documentos que empresa coloca a disposición del accionista

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTAS Y PRIVADAS-Restricción legislativa no puede canalizarla solo en relación con la documentación que soporte actos y contratos/CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTAS Y PRIVADAS-Organismo requiere de actuación amplia/CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTAS Y PRIVADAS-Acceso a información pertinente, necesaria y sin limitación sobre toda la documentación que soporte actos y contratos

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS-En particulares o entidades que manejan bienes o fondos de la Nación recae sobre aportes, actos y contratos

CONTROL FISCAL-Objeto y entidad sobre la cual recae/CONTROL FISCAL EN ENTIDAD PRIVADA-Elemento que permite establecer sujeción

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que 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. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que "...ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares".

COSA JUZGADA MATERIAL-Reproducción de disposición

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Acumulación prevalente por Contralor General de funciones de otras contralorías

REGLAMENTO GENERAL SOBRE SISTEMA UNICO DE CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Norma de habilitación legal al Contralor General para expedirlo y al cual debe sujetarse las contralorías

SISTEMA DE CONTROL FISCAL-Aplicación

CONTROL FISCAL-Función pública/CONTROL FISCAL-Competencia

CONTROL FISCAL-Competencia del legislador para desarrollar normas señalando procedimientos, sistemas y principios

CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA-Desarrollo de función de vigilancia de gestión fiscal

FACULTAD REGLAMENTARIA-No absoluta

REGLAMENTO GENERAL SOBRE SISTEMA UNICO DE CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-Inconstitucionalidad por ampliación de espectro a varios sistemas

REGLAMENTO GENERAL SOBRE SISTEMA UNICO DE CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS-No competencia del Contralor General

CONTRALORIA TERRITORIAL-Autonomía en funciones

CONTROL FISCAL-Financiero, de gestión y de resultados

CONTROL FISCAL DE GESTION-Concepto/CONTROL FISCAL DE RESULTADO-Concepto

CONTROL FISCAL DE GESTION Y RESULTADO DE AUDITORIA EXTERNA

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES-Ejercicio sin limitación e integral por organismos competentes/CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS OFICIALES-Dualidad inadmisibles con el de gestión y resultados de auditoría externa contratada

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTAS Y PRIVADAS-Recae sobre empresa pero se ejerce sobre bienes, aportes, actos o contratos

CONTROL FISCAL EN EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS MIXTAS Y PRIVADAS-Contratación de auditoría externa para control de gestión y resultados integral

UNIDAD NORMATIVA-Integración

Referencia: expediente D-3740

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 5º y 6º (parciales) de la Ley 689 de 2001 "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994".

Actor: Oscar Giraldo Jiménez

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de abril de dos mil dos (2002)

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

SENTENCIA

En el proceso instaurado por el ciudadano Oscar Giraldo Jiménez, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, en contra de los artículos 5º y 6º (parciales) de la Ley 689 de 2001.

5. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Oscar Giraldo Jiménez, pide a la Corte declarar inexecutable los artículos 5º y 6º (parciales) de la Ley 689 de 2001 "Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994".

La Magistrada Ponente mediante auto del tres (3) de octubre de dos mil uno (2001) admitió la demanda, al haberse satisfecho los requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991.

Dispuso, así mismo, el traslado al Señor Procurador General de la Nación, para efectos de

obtener el concepto de su competencia, al tiempo que ordenó comunicar la iniciación del proceso al Señor Presidente de la República, a los Señores Presidentes del H. Senado de la República y Cámara de Representantes, al igual que a los señores Ministros de Desarrollo Económico, Hacienda y Crédito Público, al Señor Contralor General de la República, al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios y al Director del Departamento Nacional de Planeación, con el objeto que si lo estimaban oportuno conceptuaran sobre la constitucionalidad de las normas demandadas.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

6. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

LEY 689 DE 2001

(agosto 28)

por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Del control de gestión y resultados

Artículo 5°. Modifícase el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

“Artículo 50. Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Contralor General de la República expedirá el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, al cual deben someterse las contralorías departamentales, distritales y municipales. El incumplimiento a la sujeción a este reglamento será causal de mala conducta para los contralores departamentales, distritales y municipales. El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre

los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. 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 del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios. 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 los alcances que concede el presente artículo y la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios o accionistas sea de los que están sujetos a su control”.

“Artículo 6°. Modifícase el artículo 51 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así:

“Artículo 51. Auditoría externa. Independientemente del control interno, todas las Empresas de Servicios Públicos están obligadas a contratar una auditoría externa de gestión y resultados permanente con personas privadas especializadas. Cuando una Empresa de Servicios Públicos quiera cambiar a sus auditores externos, deberá solicitar permiso a la Superintendencia, informándole sobre las causas que la llevaron a esa decisión. La Superintendencia podrá negar la solicitud mediante resolución motivada.

No obstante cuando se presente el vencimiento del plazo del contrato las empresas podrán determinar si lo prorrogan o inician un nuevo proceso de selección del contratista, de lo cual informará previamente a la Superintendencia.

El Superintendente de Servicios Públicos podrá, cada trimestre, solicitar a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios informes acerca de la gestión del auditor externo, y en caso de encontrar que éste no cumple a cabalidad con sus funciones, podrá recomendar a la empresa su remoción.

La auditoría externa obrará en función tanto de los intereses de la empresa y de sus socios como del beneficio que efectivamente reciben los usuarios y, en consecuencia, está obligada a informar a la Superintendencia las situaciones que pongan en peligro la viabilidad

financiera de una empresa, las fallas que encuentren en el control interno, y en general, las apreciaciones de evaluación sobre el manejo de la empresa. En todo caso, deberán elaborar además, al menos una vez al año, una evaluación del manejo de la entidad prestadora.

Parágrafo 1°. Las Empresas de Servicios Públicos celebrarán los contratos de auditoría externa de gestión y resultados con personas jurídicas privadas especializadas por períodos mínimos de un año.

No estarán obligados a contratar auditoría externa de gestión y resultados, los siguientes prestadores de servicios públicos domiciliarios:

a) A criterio de la Superintendencia, las entidades oficiales que presten los servicios públicos de que trata la Ley 142 de 1994, si demuestran que el control fiscal e interno de que son objeto satisfacen a cabalidad los requerimientos de un control eficiente. Las comisiones de regulación definirán de manera general las metodologías para determinar los casos en que las entidades oficiales no requieran de una auditoría externa;

b) Las empresas de servicios públicos que atiendan menos de dos mil quinientos (2.500) usuarios;

c) Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos;

d) Las empresas de servicios públicos que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores según la ley o en zonas rurales;

e) Las organizaciones autorizadas de que trata el artículo 15 numeral 15.4 de la Ley 142 de 1994 para la prestación de servicios públicos;

f) Los productores de servicios marginales.

Parágrafo 2°. En los municipios menores de categoría 5 y 6 de acuerdo con la Ley 136 de 1994 (Régimen Municipal), que sean prestadores directos de un servicio público domiciliario, las funciones de auditoría externa quedarán en cabeza del Jefe de la Oficina de Control Interno del municipio.

Parágrafo 3°. La Superintendencia concederá o negará, mediante resolución motivada, el permiso al que se refiere el presente artículo”.

III. LA DEMANDA

Estima el actor que las disposiciones acusadas son violatorias de los artículos 1, 4, 119, 121, 243, 267 incisos 1, 2 y 3, 268 numerales 1, 2, 4 y 12, 272 de la Constitución Política. Los cargos de la demanda, se pueden resumir en los siguientes términos:

1. Cargos contra el artículo 5° (parcial) de la Ley 689 de 2001

Según el actor la referida norma le atribuye al Contralor General de la República la facultad para “crear reglamentar sistemas y principios de

control fiscal”, vulnerando la competencia que para estos asuntos solamente tiene el legislador conforme a lo dispuesto en los artículos 267 inciso 2°, 268 numerales 1 y 12 y, 272 inciso 6 de la Carta. Agrega que ni siquiera el Gobierno en quien reposa la facultad reglamentaria, puede regular tales aspectos ni aún en ejercicio de facultades extraordinarias.

De igual forma afirma que si bien la Constitución en el artículo 268 numeral 12, faculta al Contralor General de la República para dictar normas generales con el fin de armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial, tal facultad no puede entenderse como una tácita autorización para la expedición de reglamentos sobre los sistemas de control y menos aún para someter a las contralorías territoriales al cumplimiento de normas que en ningún momento tienen tal característica, desconociendo los principios fundamentales del Estado Social de Derecho y los de autonomía, independencia y competencia conferidos por el Ordenamiento Superior a dichos organismos.

También sostiene que el referido precepto legal al permitir que se acumule en el despacho del Contralor General de la República el ejercicio del control fiscal que le corresponde realizar a las contralorías territoriales frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios, vulnera de igual forma los artículos 1, 121, 267 inciso 3° y 272 inciso 1° de la Carta, puesto que desconoce el principio de la descentralización territorial al desplazar el control ordinario

que le compete a dichas contralorías, situación que a la postre se constituye en una dictadura del ejercicio del control fiscal en cabeza del Contralor General de la República, transgrediendo de esta manera la consagración constitucional de la separación de poderes. Lo acusado también desconoce la Carta, porque asigna a la Contralor General de la República una especie de control prevalente que sólo se le ha reconocido al Procurador General de la Nación, lo que en últimas desfiguraría los precisos parámetros que se han establecido para el ejercicio del control fiscal en nuestro país.

Estima que el precepto demandado al otorgarle a las contralorías territoriales el mismo tratamiento que tienen los “accionistas” en el

derecho privado, permitiéndoles tan sólo consultar los documentos que a final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición de estos, desconoce los artículos 267 inciso 1° y 3°, 268 numerales 2 y 4 y 243 de la Carta, pues el texto de las normas acusadas limita el ejercicio del control fiscal que

debe realizarse sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios, excluyendo el control de gestión, de resultados y los demás sistemas de control fiscal previstos en la Constitución, haciendo en consecuencia nugatoria la posibilidad de efectuar una evaluación integral sobre la gestión de dichas empresas.

De igual forma señala que esta Corporación en una anterior oportunidad se pronunció respecto del precepto legal que establecía dichas limitaciones al ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios, declarando inexecutable el mismo en la Sentencia C - 1191 de 2000 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, decisión ésta que ha hecho tránsito a cosa juzgada y que por ende debió ser respetada por el legislador violándose de esta forma el artículo 243 Superior.

2. Cargos contra el artículo 6° (parcial) de la Ley 689 de 2001

Sostiene el demandante que dicha norma vulnera los artículos 119, 267 incisos 1°, 2° y 3° y 272 inciso 6° Superiores, pues en su criterio la ley no puede autorizar a las empresas de servicios públicos domiciliarios para contratar con empresas privadas colombianas a través de la figura de las auditorías externas, el ejercicio del control fiscal a criterio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues dicha función pública es privativa

de los organismos de control fiscal, tal cual como ha sido reconocida por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-374 de 1995 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, en la que consideró que la vigilancia fiscal es una atribución exclusiva de los organismos de control fiscal. Por lo tanto, considera que de esta forma se desconoce el artículo 243 Superior, puesto que dicha providencia ha hecho tránsito a cosa juzgada.

5. INTERVENCION DE AUTORIDADES

1. Contraloría General de la República

La ciudadana María Alcira Sánchez Sánchez, obrando en su condición de apoderada especial de la Contraloría General de la República, intervino para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.

En criterio de la interviniente, el Contralor General esta ampliamente facultado para expedir un reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, pues dicha atribución le ha sido confiada mediante los numerales 1º y 12º del artículo 268 de la Constitución, al igual que mediante el artículo 6º y el párrafo del artículo 9º de la Ley 42 de 1993, motivo por el cual estima que la consagración normativa que hace el artículo 5 de la ley 689 respecto de este tema en ningún momento desconoce los postulados del ordenamiento superior a los cuales alude el actor.

En lo que corresponde a la competencia prevalente y concurrente de la Contraloría General de la República para ejercer el control fiscal sobre los bienes o fondos que a cualquier título transfiere la Nación a las Entidades Territoriales, considera que dicha atribución es constitucional, en la medida en que este organismo como ente superior de vigilancia y control fiscal del Estado tiene asignada tal competencia, sin que ello implique la exclusión de las atribuciones que le asisten a las Contralorías Territoriales, pues las mismas son coordinadas y dirigidas a un mismo fin, cual es el de preservar los recursos, bienes o fondos de la Nación, lo cual no riñe con el principio de autonomía de que gozan tales entes territoriales.

De otra parte y en lo que hace referencia a los cargos formulados contra el resto del artículo 5º de la ley 689 de 2001, la interviniente manifiesta que el mismo no debe ser objeto de

debate, toda vez que esta Corporación en Sentencia C - 1191 de 2000 con ponencia del doctor Alfredo Beltrán Sierra, declaró la inexecutable del artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000, el cual fue reproducido por la norma sub examine, por tanto y de conformidad con el artículo 243 de la Constitución, los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y en consecuencia debe estarse a lo resuelto en dicha decisión.

Finalmente y respecto de los cargos que se formulan en contra del artículo 6º y el párrafo 1º de la Ley 689 de 2001, considera que no es acertada la interpretación que hace el demandante, pues en últimas el objetivo principal de las auditorías externas es el de buscar que las metas proyectadas sean congruentes con las previsiones, de allí que la evaluación de gestión y resultados que realizan estas entidades además de ser permanente, es oportuna y real por parte de las mismas, reflejando la situación de la gestión empresarial, la viabilidad de la empresa prestadora del servicio y desde luego si se requiere de medidas que tiendan a mejorar

en forma oportuna su labor. Actividad que es totalmente independiente y diferente a la facultad que constitucionalmente le ha sido atribuida a la Contraloría General de la República, de conformidad con lo indicado en el artículo 267 de la Carta Política, pues dicha función esta encaminada a la protección integral, permanente y oportuna del patrimonio público, garantizando con claridad y transparencia la correcta utilización de los recursos, fondos o bienes públicos en todos sus niveles, manejados o administrados por el Estado o por los particulares.

2. Ministerio de Desarrollo Económico

El ciudadano Carlos Eduardo Serna Barbosa, obrando en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Desarrollo Económico, intervino para solicitar a la Corte la executable de las normas demandadas.

En su criterio las normas cuestionadas no vulneran la Carta Política, toda vez que el legislador puede validamente dentro de los parámetros fijados por el Ordenamiento Superior regular de manera general la forma como los organismos de control pueden entrar a ejercer sus funciones constitucionales, inclusive en lo que respecta a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, por consiguiente estima que es totalmente valida la

implementación de un control fiscal especial, para los aportes, actos y contratos de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios con participación estatal tal cual como fue concebida por la Ley 689 de 2001.

Por tanto, considera que las normas demandadas son constitucionales pues en si mismas tienen la misión de desarrollar los principios de la función pública, tales como el de economía y celeridad, creando para las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios con capital estatal, valiosas herramientas que permiten centrar sus esfuerzos en el pleno desarrollo de las distintas actividades que efectúan.

3. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

El ciudadano Guillermo Sánchez Luque, obrando en representación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, intervino para defender la constitucionalidad de las normas acusadas.

En su opinión, la nueva concepción de los servicios públicos adoptada por el constituyente de 1991 en el artículo 365 prevé de manera directa la obligación estatal de garantizar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, reservándose al mismo tiempo la función de regulación, control y vigilancia de dichos servicios, situación esta de la cual se desprende claramente que el mismo ordenamiento superior articuló un régimen especial para ellos, el cual incluye la realización de un control de gestión de los prestadores de los mencionados servicios, función ésta que constitucionalmente se le encomendó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios según lo dispuesto en los artículos 365 y 367 del Ordenamiento Superior.

Por consiguiente y con fundamento en la previsión anteriormente referida estima que a dicha entidad le corresponde ejercer el control de gestión y resultados sobre las personas que presten servicios públicos domiciliarios sin importar la naturaleza de las mismas y sin perjuicio del control interno y de gestión privado de que puedan ser objeto, lo cual en ningún momento se contrapone al ejercicio del control financiero, de gestión y resultados que ejerce la Contraloría General de la República sobre los bienes de la Nación, de los entes territoriales y de las entidades descentralizadas de aquellas y de éstas; por tanto concluye que el artículo 5º de la ley 689 de 2001 no lesiona los postulados constitucionales a los cuales hace referencia el demandante.

En relación con el artículo 6º de la Ley 689 de 2001, precisa que la obligación legal por parte de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de contratar una auditoría externa de gestión y de resultados, constituye en su entender un control privado sólo comparable con la el ejercido por la revisoría fiscal de las sociedades, de lo cual se infiere que no existe relación alguna entre las normas que regulan la auditoría externa de gestión y resultados y las normas constitucionales que establecen el control fiscal, pues tal cual como lo estableció el legislador en el artículo 7º de la ley 689 de 2001 dichas auditorías obran en función tanto de los intereses de la empresa y de sus socios como del beneficio que efectivamente reciben los usuarios, constituyéndose en ultimas en una herramienta más de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el ejercicio del control de eficiencia que constitucionalmente le ha sido asignado al Presidente de la República.

Por tanto, estima que el contenido normativo de la disposición en comento en ningún momento vulnera las normas constitucionales relativas al ejercicio del control fiscal, pues por el contrario el ejercicio de dicha auditoría externa en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios fortalece las actividades desarrolladas por la Superintendencia de Servicios Públicos otorgándole un instrumento más de ayuda que le permite tener mayor eficacia en su labor de control de gestión y resultados.

4. Departamento Nacional de Planeación

El ciudadano Luis Eduardo Suárez Soto, obrando en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Nacional de Planeación, intervino para solicitar a la Corte la exequibilidad de las normas demandadas.

En primer lugar, manifiesta que si bien es cierto en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 11º de la Carta, la facultad reglamentaria se encuentra radicada en cabeza del Presidente de la República, también lo es, que el artículo 268 numeral 12 le atribuye al Contralor General de la República la función de “dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial”. Por tanto afirma que el empleo de la expresión “reglamento general” utilizada en la norma acusada, no puede entenderse como el ejercicio de una función reglamentaria por parte de dicha entidad sino como la concreción de una de las funciones atribuidas constitucionalmente a este organismo, en lo que tiene que ver con la armonización de los

sistemas de control fiscal de las entidades públicas, de manera que en últimas lo que pretende el legislador con la adopción de dicha norma es la de unificar los sistemas de control fiscal existentes en los distintos niveles de la administración para un sector específico, esto es, para las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado.

Respecto del contenido normativo según el cual las contralorías territoriales deben someterse al reglamento expedido por la Contraloría General de la República y lo que hace referencia a la facultad de acumulación en tal despacho de las funciones de otras contralorías de manera prevalente, considera el interviniente que los cargos formulados contra dichos preceptos son ampliamente desvirtuados por el artículo 267 inciso 3° de la Constitución, mediante el cual se habilita a la Contraloría General de la República en los casos excepcionales previstos en la ley, para ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial, como lo es el planteado en el artículo acusado.

Por otro lado y en lo que corresponde a la consagración legal de las auditorías externas de gestión y resultados, admite que la norma acusada las concibe independientemente del control fiscal y del control interno al que están sujetos dichas empresas, dado que su naturaleza, finalidad, oportunidad y reglas aplicables son sustancialmente diferentes a las de la Contraloría General de la República, pues la creación de tales auditorías ha sido entendida como un mecanismo de control empresarial que facilita el ejercicio de dicha función pública.

5. Auditoría General de la República

La ciudadana Doris Pinzón Amado, obrando en su condición de apoderada especial de la Auditoría General de la República, intervino para solicitar a la Corte la declaratoria de inexecutable de los preceptos legales demandados.

Después de efectuar un amplio recorrido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, concluye que el control fiscal es una función pública de origen constitucional, plenamente reglada y de obligatorio ejercicio, es decir que la vigilancia de la gestión fiscal no es ni eventual, ni transable, ni facultativa.

Por consiguiente estima que de acuerdo con las anteriores precisiones el grado de control

fiscal que se debe aplicar a las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado debe ser integral incluyendo un control financiero, de gestión, de legalidad y de resultados, que obran tanto en función de los intereses de la empresa como de los usuarios, desarrollando los principios de eficiencia, economía, eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales que rigen el ejercicio del control fiscal.

También considera que el contenido normativo del artículo 5º de la Ley 689 de 2001, constituye en un claro obstáculo para el ejercicio de la función pública del control fiscal, pues mediante el mismo se desconoce de manera patente lo establecido en el artículo 267 Superior, en concordancia con los abundantes pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional, en especial la Sentencia C-1191 de 2000 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, pues la procedencia de dicho control fiscal frente a las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del estado debe ser de carácter integral.

En lo que atañe a la subordinación de los organismos de control fiscal territorial a la Contraloría General de la República, concluye que dicha medida debe ser declarada inexecutable, en razón a que se atribuye al Contralor una facultad normativa que anula las competencias reconocidas a las contralorías territoriales en materia de rendición y revisión de cuentas, convirtiéndolas a la postre en organismos dependientes y en una especie de relación jerárquica no contemplada en la Constitución, hasta el punto que cualquier desconocimiento de los parámetros fijados por tal autoridad puede dar lugar a la configuración de una causal de mala conducta y por ende, a la destitución del servidor público. Adicionalmente, dentro del texto normativo acusado, se contempla una limitación a la extensión del control fiscal que a todas luces resulta contraria al ordenamiento superior en la medida en que se mengua su integralidad y se desvanecen sus alcances.

En lo que respecta al artículo 6º de la Ley 689 de 2001, estima que rompe con el esquema conceptual y operativo del control fiscal, al supeditar a una entidad como la Superintendencia de Servicios Públicos la calificación de los resultados arrojados por la vigilancia fiscal, desconociendo de esta forma que uno de los cambios esenciales introducidos por la Carta de 1991 en esta materia fue el de concebir a los organismos de control como entes autónomos e independientes de la administración, cuyos resultados deben servir para enriquecer la labor desarrollada por otros organismos.

En este sentido advierte que esta Corporación mediante la Sentencia C- 534 de 1993 se pronunció sobre la inconstitucionalidad de ciertas normas que pretendían trasladar el ejercicio del control fiscal a personas distintas de las contralorías, argumentos que para el caso concreto resultan totalmente aplicables si se tiene en cuenta que en la disposición acusada se ha escindido el ejercicio de la vigilancia fiscal, asignando la realización de una de sus facetas a los auditores externos, motivo que estima suficiente para que se apliquen las consideraciones expuestas en aquella oportunidad.

Finalmente indica que debido a la relación inseparable que surge entre lo establecido en los artículos 5°, 6° y 7° de la Ley 689 de 2001, la Corte debe hacer la integración normativa con el artículo 7° de dicho ordenamiento legal, pues en su concepto tal como se encuentra consagrado el control fiscal en esta norma quedaría supeditado al criterio que sobre el tema adopte las comisiones de regulación que constitucionalmente no pueden ni deben intervenir en la forma como se ejerce dicha función pública.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación en concepto No. 2729, recibido el día veintiuno (21) de noviembre del año dos mil uno (2001), solicita a la Corte declarar la existencia de la cosa juzgada material en relación con la sentencia C-1191 de 2000, mediante la cual se determinó la inconstitucionalidad del artículo 37 del Decreto 266 de 2000, dado que su contenido normativo es igual al del artículo 5° de la Ley 689 de 2001, objeto de acusación en la presente demanda, y la constitucionalidad del artículo 6° de la Ley 689 de 2001, sólo por los cargos formulados.

Estima que la disposición contenida en el artículo 5° de la Ley 689 de 2001 mediante la cual se establece que dentro de los tres meses siguientes a la expedición de la ley el Contralor General de la República debe expedir el “reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado”, al cual deben someterse las contralorías del nivel territorial, vulnera de manera directa el ordenamiento superior pues el legislador está trasladando a la Contraloría el deber

de crear, fijar y, por tanto, modificar los sistemas, procedimientos y principios que deben guiar el control fiscal, función que constitucionalmente le ha sido asignada al Congreso de conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 267 inciso segundo de la Carta.

En lo que se refiere al resto del contenido normativo del artículo 5º de la Ley 689 de 2001, considera que la Corte debe estar a lo dispuesto en la Sentencia C-1191 de 2000 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, mediante la cual se declaró la inexecutable del artículo 37 del Decreto 266 de 2000, pues la situación analizada en aquella ocasión es igual a la que ahora propone el ciudadano demandante frente a la norma objeto de estudio.

Finalmente y en relación con el artículo 6º de la Ley 689 de 2001, la Vista Fiscal estima que la obligación legal por parte de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de contratar una auditoría externa de gestión de resultados no busca de manera alguna reemplazar, sustituir o excluir el ejercicio del control fiscal que constitucionalmente le está atribuido a la Contraloría General de la República, pues como lo señala el mismo ordenamiento legal en el cual se encuentra contenida dicha disposición las auditorías de gestión y resultados han sido consagradas como un mecanismo para coadyuvar a la realización del control de las empresas y entidades que manejan recursos públicos en aras de lograr la eficiencia y correspondencia entre las previsiones y los logros que en materia de servicios públicos se fijen las mismas.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

5. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, de conformidad con el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Nacional.

6. La materia sujeta a examen

De conformidad con los planteamientos de la demanda y las intervenciones de las autoridades públicas, en la presente oportunidad corresponde a la Corte despejar los siguientes interrogantes:

7. Si en relación con los segmentos normativos acusados del artículo 5° de la Ley 689 de 2001, que se refieren al control fiscal sobre los aportes, actos y contratos que versen sobre las gestiones del Estado en calidad de accionista de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, y a la acumulación prevalente y por razones de eficiencia en cabeza del Contralor General de la República de las funciones de otras contralorías, ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en sentido material debiendo estarse a lo resuelto en la Sentencia C-1191 de 2000 que declaró inexecutable el artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000.

8. Si mediante el artículo 5° de la Ley 689 de 2001, puede el legislador habilitar al Contralor General de la República para que expida el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios al cual deben someterse las contralorías departamentales, distritales y municipales, desconociendo los artículos 1, 121, 243, 267 incisos 1, 2 y 3, 268 numerales 1, 2, 4 y 12 y 272 inciso 1 de la Constitución Política.

9. Si la obligación consagrada en el artículo 6° de la Ley 689 de 2001 para las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de contratar una auditoría externa de gestión y de resultados con carácter permanente, así como la facultad otorgada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para determinar en qué casos no existe tal obligación de contratación, desconoce la función de control fiscal asignada a la Contraloría General de la República contraviniendo los artículos 119, 243, 267 incisos 1, 2 y 3 de la Carta Política.

10. Sobre la cosa juzgada material

El demandante, el Procurador General de la Nación y quienes intervienen en nombre de la Contraloría General de la República y de la Auditoría General de la República, coinciden en proponer la existencia de cosa juzgada constitucional en sentido material respecto de los segmentos normativos del artículo 5° de la Ley 689 de 2001 que limitan el control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal en relación con los aportes, actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista, para lo cual el organismo de control tendrá acceso exclusivamente 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; y, los que disponen que por razones de eficiencia el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de otras contralorías de forma prevalente.

En torno al fenómeno de la cosa juzgada constitucional en sentido material, la jurisprudencia ha expresado que “se presenta este fenómeno cuando no se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, sino de una disposición cuyos contenidos normativos son idénticos. El fenómeno de la cosa juzgada opera así respecto de los contenidos de una norma jurídica: tiene lugar cuando la decisión constitucional resuelve el fondo del asunto objeto de su juicio que ha sido suscitado por el contenido normativo de un precepto, de acuerdo con el artículo 243 de la Carta Política”. 1

También ha señalado la Corte en torno a este fenómeno que “Existe cosa juzgada material cuando la disposición que se acusa tiene un contenido normativo idéntico al de otro artículo sobre el cual la Corte ya ha emitido pronunciamiento, por lo que los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste serían totalmente aplicables a aquélla y la decisión que habría de adoptarse sería la misma que se tomó en la sentencia anterior.”2.

Lo dicho permite concluir a la Corte que la cosa juzgada material se puede presentar frente a la identidad de textos y también de contenidos normativos de la disposición que se acusa con la que ya fue objeto de análisis y decisión en un anterior pronunciamiento.

A fin de facilitar el análisis correspondiente y determinar si en el presente caso se configura el fenómeno de la cosa juzgada, la Corte considera necesario realizar el siguiente cuadro comparativo subrayando en el artículo 5° de la Ley 689 de 2001 los segmentos normativos demandados en esta oportunidad y resaltando los coincidentes con el artículo 37 del Decreto 266 de 2000, que fue declarado inexecutable en su totalidad:

Ley 689 de 2001

Decreto 266 de 2000

Artículo 5°. Modifícase el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

Artículo 50. Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado. Dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Contralor General de la República expedirá el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, al cual deben someterse las contralorías departamentales, distritales y municipales. El incumplimiento a la sujeción a este reglamento será causal de mala conducta para los contralores departamentales, distritales y municipales. El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. 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 del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios. 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 los alcances que concede el presente artículo y la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios o accionistas sea de los que están sujetos a su control.

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.

Puede observarse entonces que el primer inciso de los dos textos no es idéntico. Su diferencia radica en la determinación del sujeto sobre el cual recaerá el control fiscal, pues mientras el artículo 37 del Decreto 266 de 2000 hace referencia para estos efectos a las empresas de servicios públicos de carácter mixto y privado, el artículo 5º de la Ley 689 de 2000 alude al control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios en general.

Sin embargo, el contenido normativo de las dos normas es idéntico en cuanto al límite que se impone al control fiscal, que se restringe a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos que establece el Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Es de observar que con arreglo al artículo 14.5 de la Ley 142 de 1994 la Empresa de Servicios Públicos Oficial puede comprender aportes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de aquélla o éstas; permitiendo a su turno concluir que en tales empresas el 100% del capital no será estatal en aquellos casos en que milite como aportante una sociedad de economía mixta -entidad descentralizada-, que como bien se sabe, por su naturaleza misma incorpora aportes privados.

La anterior precisión es importante, dado que el artículo 14 de la Ley 142 de 1994 clasifica las empresas de servicios públicos en oficiales, mixtas y privadas 3 según si los aportes de la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o de éstas son del 100% , iguales o superiores al 50% o inferiores a éste porcentaje.

En la Sentencia C-1191 de 2000, la Corte analizó el artículo 37 del Decreto-Ley 266 de 2000 tanto por vicios de forma relacionados con el desbordamiento en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el numeral 5º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, como por su contenido material por cargos fundados en la limitación al control fiscal en las empresas mixtas como en las de carácter privado en las que participa el Estado, los entes territoriales o sus entidades descentralizadas.

Al considerar procedentes estos cargos y para concluir la inexecutable total del artículo la Corte expresó:

“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 del Comercio...”

“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. (...) “... 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.

“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.”

Entonces, la inexecutable del artículo 37 del Decreto 266 de 2000 se fundamentó en el límite que el legislador imponía al ejercicio del control fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios de carácter mixto y de carácter privado en cuyo capital participe la

Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de éstas o aquellas sobre los actos y contratos relacionados con las gestiones del Estado en su calidad de accionista o aportante, al tener acceso el organismo de control solamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista de conformidad con las disposiciones del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

El artículo 5° de la Ley 689 de 2000, igualmente limita el ejercicio del control fiscal, pero sin hacer distinción alguna respecto del sujeto a controlar, por lo que resultan involucradas para dicho fin las empresas de servicios públicos mixtas y privadas sobre las cuales recayó la inexecutable declarada en Sentencia C-1191 de 2000. Por esta razón, respecto del límite impuesto al control fiscal respecto de ellas por la norma acusada opera la cosa juzgada constitucional, y por ello la Corte decidirá estarse a lo resuelto en este pronunciamiento.

Y respecto de las empresas de servicios públicos oficiales, sobre las cuales debe ejercerse un control fiscal pleno, el límite que para el efecto impone la norma acusada resulta también inconstitucional, pues para éstas empresas no es posible imponer restricción alguna al ejercicio del control fiscal dado que en ellas los aportes del Estado son del 100%, aclarando que con arreglo al artículo 14.5 de la Ley 142 de 1994 la Empresa de Servicios Públicos Oficial puede comprender aportes de la Nación, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de aquélla o éstas; permitiendo a su turno concluir que en tales empresas el 100% del capital no será estatal en aquellos casos en que milite como aportante una sociedad de economía mixta -entidad descentralizada-, que como bien se sabe, por su naturaleza misma incorpora aportes privados.

Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la restricción que impone la norma acusada al ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios a que se refiere el segmento normativo “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 del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes” del artículo 5° de la Ley 689 de 2001 en cuanto se trate de empresas de servicios públicos oficiales, teniendo en cuenta que éstas empresas no quedaron cobijadas con la cosa juzgada material respecto de la Sentencia C-1191 de 2000, según se explicó anteriormente. Y en cuanto respecta al segmento normativo “El

control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista”, del inciso primero del artículo 5º de la Ley 689 de 2001, la Corte declarará su exequibilidad dado que se refiere al control fiscal sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios en los términos del artículo 267 de la Carta Política.

Ahora bien, considera la Corte oportuno en este momento pronunciarse respecto del segmento normativo contenido en el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 689 de 2001 que dispone “Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios”, que no formaba parte del artículo 37 del Decreto-Ley 266 de 2000, pero que ha sido también demandado en este caso, ya que guarda íntima relación con el tema tratado anteriormente.

Al respecto conviene recordar que la misma Ley 142 de 1994 en su artículo 27.4 dispuso 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 ellos confieren sobre el resto del patrimonio, y los dividendos que puedan corresponderles. A tales 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 de la República, y de las contralorías departamentales y municipales”.⁴

Para ejercer el control fiscal en las empresas de servicios públicos con carácter mixto y privado, la restricción que pueda en principio imponer el legislador no puede llegar hasta el punto de canalizar dicho control sólo en relación con la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, pues el organismo de control fiscal correspondiente requiere para ejercer sus funciones en la forma dispuesta por la Constitución y la ley de una actuación amplia, de manera tal que se le debe permitir tener acceso a la información pertinente, necesaria y sin limitación alguna, sobre toda la documentación que soporte dichos actos y contratos.

Por lo tanto, la Corte considera necesario hacer una modulación del fallo en relación con el ejercicio del control fiscal en las empresas de servicios públicos que no tienen el 100% de los aportes del Estado, para lo cual declarará exequible el aparte acusado bajo el entendido que

para ejercer el control fiscal en estas empresas la Contraloría tiene amplias facultades para examinar la documentación referente a los bienes de propiedad del Estado y los referentes a los aportes, actos y contratos celebrados por éste.

Conviene anotar, que cuando el artículo 267 Superior dispone que el control fiscal se extiende a los particulares o entidades que manejan bienes o fondos de la Nación, debe concluirse que tratándose de las empresas de servicios públicos dicho control recae sobre ellas pero en relación con los aportes, actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal, control fiscal que se justifica por haber recibido estas empresas fondos o bienes de la Nación sin interesar su cuantía.

Cabe resaltar, que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que 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. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que "...ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares".⁵

Finalmente, respecto del segmento normativo acusado "Por razones de eficiencia, el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente", es evidente que también ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en sentido material, por cuanto es fiel reproducción del artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000 declarado inexecutable por medio de la sentencia C-1191 de 2000. En esta providencia, la Corte analizó dicho segmento por vicios de fondo consistentes en que según el demandante al Contralor se le otorga un poder prevalente del cual carece invadiendo la órbita de autonomía de los entes territoriales, cargos que la Corte encontró fundados previo el siguiente análisis:

“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 entratándose 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”.

5. Sobre la habilitación legal conferida al Contralor General de la República para expedir un reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

El segundo interrogante que debe resolver la Corte consiste en determinar si el legislador puede habilitar al Contralor General de la República para expedir el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado al que deben someterse las contralorías departamentales, distritales y municipales.

Para absolver este cuestionamiento, considera la Corte pertinente hacer las siguientes reflexiones:

Los sistemas de control fiscal están señalados desde la misma Constitución cuando en su

artículo 267 dispone 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 ...”, defiriendo en la ley la definición de los procedimientos, demás sistemas y principios al establecer que “Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley”.

En desarrollo de dicho mandato constitucional el Congreso de la República expidió la Ley 42 de 1993 “Sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que la ejercen”, que en su artículo 9º determina que “Para el ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes”.

A su vez, el citado artículo 267 de la Constitución también dispuso que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, mandato que armoniza con lo dispuesto en el artículo 150-23 Superior que le entrega al Congreso la función de “Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos” 6. Por consiguiente, es evidente que nuestra Carta Política radicó en el legislador ordinario de manera exclusiva la facultad para desarrollar las normas relativas a la función pública del control fiscal señalando al efecto los procedimientos, sistemas y principios.

Si al Contralor General de la República la Constitución le ha atribuido cierta potestad reglamentaria a fin de que pueda desarrollar la función de vigilancia de la gestión fiscal, para lo cual puede prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación e indicar los criterios de evaluación que deberán seguirse (CP art. 268 ord 1º), así como dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial (CP art. 268 ord 12), podría pensarse que goza de competencia para expedir el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, al cual además deben someterse las contralorías territoriales.

Sin embargo, para la Corte la atribución concedida en el segmento demandado no la puede ejercer el Contralor General de la República en virtud de las facultades que le confieren los ordinales 1º y 12º del artículo 268 Fundamental dado que, si bien en virtud de ellas puede dictar actos administrativos de alcance general a fin de señalar el procedimiento que deben observar los responsables del manejo de fondos o bienes de la Nación para que al rendir las cuentas a que están obligados lo hagan de una manera ordenada y sistemática, así como coordinar los varios sistemas de control fiscal ya determinados por la Constitución y la ley para facilitarles a las contralorías el ejercicio de su función, estas materias son completamente diversas a la que pretende el legislador desarrolle dicho funcionario tendiente a la expedición de un reglamento general sobre el sistema único de control fiscal para las empresas de servicios públicos.

Además, la función que se analiza tampoco la puede ejercer el Contralor General con fundamento en lo dispuesto en el ord. 13 del artículo 268 de la Carta que determina entre sus atribuciones “las demás que señale la ley”, pues mediante esta cláusula general el legislador no puede delegar las funciones que le han sido asignadas por la Constitución Política de regular el ejercicio de la función pública de control fiscal y determinar los procedimientos, sistemas y principios de dicho control.

Al respecto valga recordar que la Corte Constitucional ha determinado que la facultad reglamentaria “no es absoluta pues encuentra su límite y radio de acción en la constitución y en la ley; es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la ley, ni puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador”⁷.

Advierte la Corte también, que la expedición de un reglamento general sobre el sistema único del control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios es de por sí inconstitucional, pues es la propia Carta la que amplió el espectro del control fiscal a varios sistemas como el financiero, el de gestión, el de resultados y el de la valoración de los costos ambientales a fin de poner a tono la gestión de la Contraloría General de la República con los principios del Estado Social de Derecho de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la

Constitución.

En consecuencia, y con fundamento en los anteriores argumentos, se concluye que no es de competencia del Contralor General de la República la expedición del reglamento al cual hace referencia el segmento normativo bajo estudio. Por ello, se declarará inexecutable en la parte resolutive de esta providencia las expresiones “el Contralor General de la República expedirá el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado”. Y por guardar unidad normativa con este fragmento, también se declarará inexecutable el aparte de la misma norma que dispone que “Dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición de la presente ley”, toda vez que se refiere al lapso de tiempo durante el cual el Contralor General debía ejercer la facultad que se declara inexecutable. Así mismo tal declaración se extenderá a las expresiones “El incumplimiento a la sujeción a este reglamento será causal de mala conducta para los contralores departamentales, distritales y municipales”, no sólo por guardar íntima conexión con la facultad reglamentaria del Contralor General de la Nación que se declara inconstitucional, sino también porque conforme a lo dispuesto en el artículo 272 de la Carta las contralorías territoriales ejercen sus funciones en forma autónoma, es decir, sin ninguna subordinación alguna de carácter jerárquico respecto del Contralor General de la Nación.

5. Sobre la contratación obligatoria de una auditoría externa de gestión y resultados por parte de las Empresas de Servicios Públicos

Corresponde también a esta Corporación analizar los apartes acusados del artículo 6º de la Ley 689 de 2001, en virtud de los cuales se le impone a las empresas de servicios públicos la obligación de contratar con personas jurídicas privadas especializadas, una auditoría externa de gestión y resultados con carácter permanente.

Considera el demandante que tal norma es contraria al Ordenamiento Constitucional, en la medida en que a través de ella se estaría permitiendo de manera indebida que las auditorías externas se abroguen funciones especiales y específicas que se encuentran taxativamente asignadas a la Contraloría General de la República, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 Superior.

Para resolver el cargo propuesto, la Corte debe precisar que la disposición acusada impone la obligación de contratar de manera permanente una auditoría externa de gestión y resultados a todas las empresas de servicios públicos, sin hacer diferencia alguna entre aquellas con carácter oficial y las de carácter mixto o privado. La norma impugnada también deja en claro que la función de las auditorías externas se ejercerá independientemente del control interno.

Según lo dispuesto en el artículo 267 Superior, 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.

Los artículos 12 y 13 de la Ley 42 de 1993, por la cual se organizó del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, definieron el control fiscal de gestión como “el examen de la eficiencia y eficacia de las entidades en la administración de los recursos públicos, determinada mediante la evaluación de sus procesos administrativos, la utilización de indicadores de rentabilidad pública y desempeño y la identificación de la distribución del excedente que éstas producen, así como de los beneficiarios de su actividad”; y el control de resultados como “el examen que se realiza para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados por la administración, en un período determinado”. A su vez, el artículo 7° de la Ley 689 de 2001, que modificó parcialmente el régimen jurídico de los servicios públicos contenido en la Ley 142 de 1994, establece que el control de gestión y resultados de las auditorías externas consiste en un “proceso, que dentro de las directrices de planeación estratégica, busca que las metas sean congruentes con las previsiones”.

Por lo tanto, respecto de las empresas de servicios públicos oficiales, cuyo control fiscal se ejerce sin limitación alguna y en forma integral por los organismos competentes, dicho control operaría en forma concurrente con el control de gestión y de resultados ejercido por las auditorías externas que deben ser contratadas de manera obligatoria por todas las empresas de servicios públicos según el artículo bajo revisión. Cabe entonces preguntarse si tratándose de estas empresas de servicios públicos tal dualidad en el ejercicio del control de gestión y de resultados desconoce la función atribuida por la Constitución a los organismos de control fiscal.

Para la Corte tal dualidad resulta inadmisibles dada la exclusividad que la Carta le ha otorgado a los órganos de control fiscal para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración que incluye, entre otros, el control de gestión y de resultados (CP art. 267 inc 3). Exclusividad que encuentra su razón de ser en el carácter autónomo e independiente de los organismos que ejercen el control fiscal.

Esta situación no se presenta con las empresas de servicios públicos de carácter mixto y privado en las que el control fiscal recae sobre la empresa pero se ejerce sobre los bienes, aportes, actos o contratos celebrados por el accionista o socio estatal, para lo cual los organismos de control cuentan con amplias facultades para examinar la documentación correspondiente. En efecto, al concurrir en estas empresas fondos o bienes privados dicha contratación se justifica a fin de efectuar un control de gestión y de resultados de manera integral, para que su labor se adelante de manera eficiente y eficaz consultando la función social que les ha asignado el constituyente (CP art. 333).

Además, teniendo en cuenta que las auditorías externas de gestión y de resultados deben obrar en función tanto de los intereses de la empresa y de sus socios como del beneficio que efectivamente reciben los usuarios, las auditorías servirán de apoyo a la gestión del organismo de control que esté vigilando fondos o bienes públicos en dichas empresas y a la de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Por lo anterior, la norma se declarará exequible bajo el entendido que la obligación de contratar en forma permanente una auditoría externa de gestión y resultados con personas privadas especializadas no cobija a las empresas de servicios públicos de carácter oficial.

En relación con el Parágrafo 1º del artículo 6º de la Ley 689 de 2001, referente a que “Las empresas de Servicios Públicos celebrarán los contratos de auditoría externa de gestión y resultados con personas jurídicas privadas especializadas por períodos mínimos de un año”, el demandante no formuló ningún cargo específico, razón por la cual la Corte debe declararse inhibida para emitir, respecto de tal norma, pronunciamiento de fondo.

En lo que corresponde a los apartes “No estarán obligados a contratar auditoría externa de gestión y resultados, los siguientes prestadores de servicios públicos domiciliarios”, la Corte

igualmente se abstendrá de pronunciarse por cuanto por sí misma no conforma una proposición jurídica completa sino en la medida en que se relaciona con cada uno de los literales que contienen los casos que el legislador quiso exceptuar de la contratación obligatoria y permanente de las auditorías externas de gestión y resultados.

Finalmente, respecto del literal a) del artículo 6° de la Ley 689 de 2001, la Corte se pronunciará sobre todo su contenido, integrando la unidad normativa con los partes que no fueron acusados, aclarando que cuando este fragmento hace alusión a las entidades oficiales, debe entenderse que se refiere a las empresas de servicios públicos con carácter oficial de que trata la Ley 142 de 1994 en su artículo 14.5.

VII. DECISION

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

RESUELVE:

Primero. Respecto del segmento normativo “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 del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes” del inciso primero del artículo 5° de la Ley 689 de 2001 ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-1191 de 2000 mediante la cual se declaró INEXEQUIBLE el artículo 37 del Decreto Ley 266 de 2000, en cuanto a que en la restricción al control fiscal de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado quedan incluidas las empresas de carácter mixto y de carácter privado en cuyo capital participe la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de ésta o de aquellas, y declarar INEXEQUIBLE dicho segmento en cuanto a la restricción del control fiscal en las empresas de servicios públicos con carácter oficial.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el segmento normativo “El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista” del inciso primero del artículo 5° de la Ley 689 de 2001.

Tercero. ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-1191 de 2000 respecto de la siguiente expresión: “Por razones de eficiencia, el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente”, del artículo 5° de la Ley 689 de 2001.

Cuarto. Declarar EXEQUIBLES las expresiones: “Por tanto, el control fiscal se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios” del artículo 5° de la Ley 689 de 2001, bajo el entendido que para ejercer el control fiscal las contralorías tienen amplias facultades para examinar la documentación referente a los aportes, actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista o socio o respecto de los bienes de propiedad estatal.

Quinto. Declarar INEXEQUIBLES los siguientes apartes del artículo 5° de la Ley 689 de 2001: “Dentro de los tres (3) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Contralor General de la República expedirá el reglamento general sobre el sistema único de control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado, al cual deben someterse las contralorías departamentales, distritales y municipales. El incumplimiento a la sujeción a este reglamento será causal de mala conducta para los contralores departamentales, distritales y municipales”.

Sexto. Declarar EXEQUIBLE la siguiente expresión del artículo 6° de la Ley 689 de 2001: “todas las Empresas de Servicios Públicos están obligadas a contratar una auditoría externa de gestión y resultados permanente con personas privadas especializadas”, bajo el entendido que tal obligación no cobija a las empresas de servicios públicos de carácter oficial.

Séptimo. Declarar INEXEQUIBLES las siguientes expresiones del literal a) del párrafo primero del artículo 6° de la Ley 689 de 2001: “ A criterio de la Superintendencia”, y “si demuestran que el control fiscal e interno de que son objeto satisfacen a cabalidad los requerimientos de un control eficiente. Las comisiones de regulación definirán de manera general las metodologías para determinar los casos en que las entidades oficiales no requieran de una auditoría externa”.

Octavo. Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo sobre los siguientes apartes normativos del párrafo primero del artículo 6° de la Ley 689 de 2001: “Las Empresas de Servicios Públicos celebrarán los contratos de auditoría externa de gestión y resultados con personas jurídicas privadas especializadas por períodos mínimos de un año” y “No estarán obligados a contratar auditoría externa de gestión y resultados, los siguientes prestadores de servicios públicos domiciliarios”.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor Manuel José Cepeda Espinosa, no firma la presente sentencia por cuanto se encuentra en comisión en el exterior, la cual fue debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia C-427 de 1996

2 Auto 027A de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

3 La Ley 142 de 1994 define las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas en los siguientes términos: “Artículo 14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes. Artículo 14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen aportes iguales o superiores al 50%. Artículo 14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los

particulares”.

4 Mediante Sentencia C-374 de 1995, la Corte declaró inexecutable las expresiones “mientras las empresas no hagan uso de la autorización que se concede en el inciso siguiente” que forma parte del segmento normativo 27.4 de la art.27 de la Ley 142 de 1994.

5 Sentencia C-167 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz

6 Artículo 150 No. 3 CN

7 Sent. C-028 de 1997 Mag. Pon. Alejandro Martínez Caballero